
Bibliotheca Alexandrina
0173157

الجزء الخامس من :

المغني

أوسع ما ظهر في الفقه الإسلامي مع الترجيح بين الاقوال بالدليل

لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة

المتوفى سنة ٦٢٠ هـ

على مختصر أبي القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي

بتصحيح الدكتور

محمد خليل هراس

المدرس بكلية أصول الدين

مطبعة الامام ١٣ شارع قرقول المنشية بالقلعة بمصر

كتاب الشركة

الشركة : هى الاجتماع فى استحقاق أو تصرف ، وهى ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع :

أما الكتاب فقول الله تعالى (فهم شركاء فى الثلث) وقال الله تعالى (وإنَّ كثيراً من الخلطاء ليبغى بعضهم على بعض إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات : وقليل ما هم) والخلطاء : هم الشركاء ، ومن السنة : ما روى « أن البراء بن عازب وزيد بن أرقم كانا شريكين ، فاشتريا فضة بنقد ونسيئة ، فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأمرهما أن ما كان بنقد فأجيزوه ، وما كان نسيئة فردوه » وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « يقول الله : أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه . فإذا خان أحدهما صاحبه خرجت من بينهما » رواه أبو داود ، وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « يد الله على الشريكين ما لم يتخاونا » وأجمع المسلمون على جواز الشركة فى الجملة : وإنما اختلفوا فى أنواع منها نبينها إن شاء الله تعالى .

والشركة على ضربين : شركة أملاك ، وشركة عقود . وهذا الباب لشركة العقود ، وهى أنواع خمسة : شركة العنان والأبدان والوجوه والمضاربة والمفاوضة .

ولا يصح شىء منها إلا من جائز التصرف لأنه عقد على التصرف فى المال فلم يصح من غير جائز التصرف فى المال كالبيع .

(فصل) قال أحمد : يشارك اليهودى والنصرانى ، ولكن لا يخلو اليهودى والنصرانى بالمال دونه ، ويكون هو الذى يليه لأنه يعمل بالربا ، وبهذا قال الحسن والثورى ، وكره الشافعى مشاركتهم مطلقا لأنه روى عن عبد الله بن عباس أنه قال « أكره أن يشارك المسلم اليهودى » ولا يعرف له مخالف فى الصحابة ، ولأن مال اليهودى والنصرانى ليس بطيب فإنهم يبيعون الخمر ويتعاملون بالربا فكرهت معاملتهم .

ولنا ما روى الخلال بإسناده عن عطاء قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم

عن مشاركة اليهودى والنصرانى ، إلا أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم ، ولأن العلة فى كراهة ما خلوا به : معاملتهم بالربا وبيع الخمر والخنزير ، وهذا منتف فيما حضره المسلم أو وليه ، وقول ابن عباس محمول على هذا فانه علل بكونهم يربون ، كذلك رواه الاثرم عن أبى حمزة عن ابن عباس أنه قال « لا تشاركن يهوديا ولا نصرانيا ولا مجوسيا لأنهم يربون ، وأن الربا لا يحل » وهو قول واحد من الصحابة لم يثبت انتشاره بينهم وهم لا يحتجون به ، وقولهم : إن أموالهم غير طيبة لا يصح فان النبى صلى الله عليه وسلم قدعاملهم ، ورهن درعه عند يهودى على شعير أخذه لأهله وأرسل إلى آخر يطلب منه ثوبين إلى الميسرة ، وأضافه يهودى بخبز وإهالة سنخة ولا يأكل النبى صلى الله عليه وسلم ما ليس بطيب وما باعوه من الخمر والخنزير قبل مشاركة المسلم فثمنه حلال لاعتقادهم حله ، ولهذا قال عمر ابن الخطاب رضى الله عنه « ولوهم بيعها وخذوا أثمانها » فأما ما يشتريه أو يبيعه من الخمر بمال الشركة أو المضاربة فانه يقع فاسداً وعليه الضمان لأن عقد الوكيل يقع للموكل والمسلم لا يثبت ملكه على الخمر والخنزير فأشبه ما لو اشترى به ميتة أو عامل بالربا وما خفى أمره فلم يعلم ، فالاصل إباحته وحله ، فأما المجوسى : فان أحمد كره مشاركته ومعاملته ، قال ما أحب مخالطته ومعاملته لانه يستحل ما لا يستحل هذا ، قال حنبل قال عمى . لا تشاركه ولا تضاربه وهذا والله أعلم على سبيل الاستحباب لترك معاملته والكراهة لمشاركته ، وإن فعل صح لان تصرفه صحيح .

« مسألة » قال (وشركة الابدان جائزة)

معنى شركة الابدان : أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه بأيديهم ، كالصناع يشتركون على أن يعملوا فى صناعاتهم ، فما رزق الله تعالى فهو بينهم فان اشتركوا فيما يكتسبون من المباح ، كالحطب والحشيش والثمار المأخوذة من الجبال والمعادن والتلصص على دار الحرب فهذا جائز نص عليه أحمد فى رواية أبى طالب ، فقال : لا بأس أن يشترك القوم بأبدانهم وليس لهم مال ، مثل الصيادين والنقالين والحمالين ، قد أشرك النبى صلى الله عليه وسلم بين عمار وسعد وابن مسعود ، فجاء

سعد بأسيرين ، ولم يجيئا بشيء . وفسر أحمد صفة الشركة فى الغنيمة « فقال . يشتركان فيما يصيبان من سلب المقتول لان القاتل يختص به دون الغانمين ، وبهذا قال مالك ، وقال أبو حنيفة : يصح فى الصناعة ، ولا يصح فى اكتساب المباح ، كالاحتشاش والاغتنام لان الشركة مقتضاها الوكالة ولا تصح الوكالة فى هذه الاشياء لان من أخذها ملكها : وقال الشافعى : شركة الابدان كلها فاسدة ، لأنها شركة على غير مال فلم تصح كما لو اختلفت الصناعات .

ولنا ما روى أبو داود والاثرم باسنادهما عن أبي عبيدة بن عبد الله عن عبد الله قال « اشتركنا أنا وسعد وعمار يوم بدر ، فلم أجىء أنا وعمار بشيء . وجاء سعد بأسيرين » ومثل هذا لا يخفى على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقد أقرهم عليه ، وقال أحمد : أشرك بينهم النبي صلى الله عليه وسلم .

فان قيل : فالمغانم مشتركة بين الغانمين بحكم الله تعالى ، فكيف يصح اختصاص هؤلاء بالشركة فيها ؟ وقال بعض الشافعية : غنائم بدر كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكان له أن يدفعها إلى من شاء فيحتمل أن يكون فعل ذلك لهذا ؟

قلنا أما الاول فالجواب عنه ، أن غنائم بدر كانت لمن أخذها من قبل أن يشرك الله بينهم ، ولهذا نقل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من أخذ شيئا فهو له » فكان ذلك من قبيل المباحات ، من سبق إلى أخذ شيء فهو له : ويجوز أن يكون شرك بينهم فيما يصيبونه من الإسلاب والنفل ، إلا أن الاول أصح ، لقوله « جاء سعد بأسيرين ولم أجيء أنا وعمار بشيء »

وأما الثانى فان الله تعالى إنما جعل الغنيمة لنبيه عليه السلام بعد أن غنموا واختلفوا فى الغنائم ، فأنزل الله تعالى (يسئلونك عن الانفال ؟ قل الانفال لله والرسول) والشركة كانت قبل ذلك ، ويدل على صحة هذا . أنها لو كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم لم يخل . إما أن يكون قد أباحهم أخذها ، فصارت كالمباحات ، أو لم يبحها لهم . فكيف يشتركون فى شيء لغيرهم ؟ وفى هذا الخبر حجة على أبي حنيفة أيضا لانهم اشتركوا فى مباح وفيما ليس بصناعة ، وهو يمنع ذلك ، ولان العمل أحد جهتى المضاربة ، فصحت الشركة عليه كالمال ، وعلى أبي حنيفة ، أنهما اشتركا فى مكسب مباح فصح كما لو اشتركا فى الخياطة والقصارة ، ولا نسلم

أن الوكالة لا تصح فى المباحات فانه يصح أن يستنيب فى تحصيلها بأجرة ، فكذلك يصح بغير عوض إذا تبرع أحدهما بذلك كالتوكيل فى بيع ماله .

(فصل) وتصح شركة الابدان مع اتفاق الصنائع ، فأما مع اختلافها فقال أبو الخطاب . لا تصح ، وهو قول مالك لان مقتضاها أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم صاحبه ، ويطالب به كل واحد منهما فاذا تقبل أحدهما شيئا مع اختلاف صنائعهما لم يمكن الآخر أن يقوم به فكيف يلزمه عمله ؟ أم كيف يطالب بما لاقدرة له عليه ؟ وقال القاضى تصح الشركة لانهما اشتركا فى مكسب مباح فصح ، كما لو اتفقت الصنائع ، ولأن الصنائع المتفقة قد يكون أحد الرجلين أحذق فيها من الآخر ، فربما يتقبل أحدهما ما لا يمكن الآخر عمله ، ولم يمنع ذلك صحتها ، فكذلك اذا اختلفت الصناعتان ، وقولهم . يلزم كل واحد منهما ما يتقبله صاحبه ، قال القاضى . يحتمل ألا يلزمه ذلك لانهما كالوكيلين بدليل صحتهما فى المباح : ولا ضمان فيها ، وان قلنا . يلزمه أمكنه تحصيل ذلك بالاجرة أو بمن يتبرع له بعمله . ويدل على صحة هذا ، أنه لو قال أحدهما . أنا أتقبل وأنت تعمل ، صحت الشركة ، وعمل كل واحد منهما غير عمل صاحبه .

(فصل) واذا قال أحدهما . أنا أتقبل وأنت تعمل والاجرة بينى وبينك صحت الشركة ، وقال زفر . لا تصح : ولا يستحق العامل المسمى : وانما له أجرة المثل .

ولنا أن الضمان يستحق به الربح بدليل شركة الابدان ، وتقبل العمل يوجب الضمان على المتقبل ويستحق به الربح : فصار كتقبله المال فى المضاربة ، والعمل يستحق به العامل الربح كعمل المضارب ، فينزل بمنزلة المضاربة .

(فصل والربح فى شركة الابدان على ما اتفقوا عليه ، من مساواة أو تفاضل لان العمل يستحق به الربح ، ويجوز تفاضلهما فى العمل ، فجاز تفاضلهما فى الربح الحاصل به ، ولكل واحد منهما المطالبة بالاجرة ، وللمستأجر دفعها الى كل واحد منهما ، والى أيهما دفعها برىء منها : وان تلفت فى يد أحدهما من غير تفريط فهى من ضمانهما معا لأنهما كالوكيلين فى المطالبة ، وما يتقبله كل واحد منهما من

الأعمال فهو من ضمانهما ، يطالب به كل واحد منهما ويلزمه عمله لأن هذه الشركة لا تنعقد إلا على الضمان ولا شيء فيها تنعقد عليه الشركة حال الضمان ، فكأن الشركة تضمنت ضمان كل واحد منهما عن الآخر ما يلزمه ، وقال القاضي : يحتمل أن لا يلزم أحدهما ما لزم الآخر لما ذكرنا من قبل ، وما يتلف بتعدى أحدهما أو تفريطه أو تحت يده على وجه يوجب الضمان عليه فذلك عليه وحده ، وإن أقر أحدهما بما فى يده قبل عليه وعلى شريكه لأن اليد له فيقبل اقراره بما فيها ، ولا يقبل اقراره بما فى يد شريكه ولا بدين عليه لأنه لا يد له على ذلك .

{ فصـــل }

وان عمل أحدهما دون صاحبه فالكسب بينهما ، قال ابن عقيل : نص عليه أحمد فى رواية اسحاق بن هانىء ، وقد سئل عن الرجلين يشتركان فى عمل الابدان فيأتى أحدهما بشىء ولا يأتى الاخر بشىء ؟ قال : نعم هذا بمنزلة حديث سعد وابن مسعود : يعنى حيث اشتركوا ، لجاء سعد بأسيرين وأخفق الاخران ، ولأن العمل مضمون عليهما معا وبضمانهما له وجبت الأجرة ، فيكون لهما كما كان الضمان عليهما ، ويكون العامل عونا لصاحبه فى حصته ، ولا يمنع ذلك استحقاقه كمن استأجر رجلا ليقصر له ثوبا فاستعان القصار بانسان فقصر معه كانت الاجرة للقصار المستأجر ، كذا ههنا ، وسواء ترك العمل لمرض أو غيره فإن طالب أحدهما الاخر أن يعمل معه أو يقيم مقامه من يعمل فله ذلك فإن امتنع فللآخر الفسخ ، ويحتمل أنه متى ترك العمل من غير عذر أن لا يشارك صاحبه فى أجرة ما عمله دونه لانه انما شاركه ليعملا جميعا فإذا ترك أحدهما العمل فما وفى بما شرط على نفسه فلم يستحق ما جعل له فى مقابلته ، وانما احتمل ذلك فيما اذا ترك أحدهما العمل لعذر لانه لا يمكن التحرز منه .

(فصل فان اشترك رجلان لكل واحد منهما دابة على أن يؤجرهما فما رزقهما الله من شىء فهو بينهما صح ، فاذا تقبلا حمل شىء معلوم الى مكان معلوم فى ذمتهما ، ثم حملاه على البهيمين أو غيرهما صح ، والاجرة بينهما على ما شرطاه لان تقبلهما الحمل أثبت الضمان فى ذمتهما ، ولهما أن يحملاه بأى ظهر كان والشركة تنعقد على الضمان كشركة الوجوه ؛ وان أجراهما بأعيانهما على حمل شىء بأجرة

معلومة لم تصح الشركه ، ولكل واحد منهما أجر دابته لانه لم يجد ضمان الحمل فى ذممها ، وإنما استحق المشترى منفعة البهيمة التى استأجرها ، ولهذا تنفسخ الإجارة بموت الدابة التى اكتراها ، ولان الشركه اما أن تنعقد على الضمان فى ذممهما أو على عملهما وليس هذا بواحد منهما فانه لم يثبت فى ذممهما ضمان ، ولا عملا بأبدانهما ما يجب الاجر فى مقابلته ، ولان الشركه تضمن الوكالة والوكالة على هذا الوجه لا تصح ، ولهذا لو قال : أجر عبدك وتكون أجرته بينى وبينك لم تصح كما لو قال : بع عبدك وثمنه بيننا لم يصح ، ويحتمل أن تصح الشركه كما لو اشتركا فيما يكتسبان من المباح بأبدانهما فان أعاد أحدهما صاحبه فى التحميل والنقل كان له أجر مثله ، لانها منافع وفاها بشبهة عقد .

فصل

فان كان لقصار أداة ولآخر بيت ، فاشتركا على أن يعملا بأداة هذا فى بيت هذا والكسب بينهما جاز ، والاجرة على ما شرطاه لان الشركه وقعت على عملهما والعمل يستحق به الربح فى الشركه ، والالة والبيت لا يستحق بهما شيء لانهما يستعملان فى العمل المشترك ، فصارا كالدابتين اللتين أجراهما لحمل الشيء الذى تقبلا حمله ، وان فسدت الشركه قسم ماحصل لهما على قدر أجر عملهما وأجر الدار والالة وان كانت لأحدهما آلة وليس للآخر شيء ، أو لأحدهما بيت وليس للآخر شيء ، فاتفقا على أن يعملا بالالة أو فى البيت والاجرة بينهما جاز لما ذكرنا .

(فصل) وان دفع رجل دابته الى آخر ليعمل عليها وما يرزق الله بينهما نصفين أو أثلاثاً أو كيفما شرطا صح ، نص عليه فى رواية الاثرم ومحمد ابن أبي حرب وأحمد بن سعيد ، ونقل عن الاوزاعي ما يدل على هذا ؛ وكره ذلك الحسن والنخعي ، وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأى : لا يصح والربح كله لرب الدابة ، لان الحمل الذى يستحق به العوض منها ، وللعامل أجر مثله ، لان هذا ليس من أقسام الشركه الا أن تكون المضاربة ، ولا تصح المضاربة بالعروض ، ولان المضاربة تكون بالتجارة فى الاعيان ، وهذه لا يجوز بيعها ولا اخراجها عن ملك مالكها ، وقال القاضى : يتخرج أن لا يصح . بناء على أن المضاربة بالعروض لا تصح فعلى هذا ان كان أجر الدابة بعينها فالاجر

لمالكها . وإن تقبل حمل شيء فحمله عليها أو حمل عليها شيئا مباحا فباعه فالأجرة والثمن له وعليه أجرة مثلها لمالكها .

ولنا أنها عين تنمى بالعمل عليها فصح العقد عليها ببعض نمائها ، كالدراهم والدنانير ، وكالشجر فى المساقاة والأرض فى المزارعة ، وقولهم إنه ليس من أقسام الشركة ولاهو مضاربة . قلنا نعم لكنه يشبه المساقاة والمزارعة . فإنه دفع لعين المال إلى من يعمل عليها ببعض نمائها مع بقاء عينها وبهذا يتبين أن تخريجها على المضاربة بالعروض فاسد ، فإن المضاربة إنما تكون بالتجارة والتصرف فى رقبة المال . وهذا بخلافه .

وذكر القاضى فى موضع آخر فيمن استأجر دابة ليعمل عليها بنصف مايرزقه الله تعالى أو ثلثه جاز ، ولا أرى لهذا وجهاً ، فإن الاجارة يشترط لصحتها العلم بالعوض وتقدير المدة أو العمل ولم يوجد ، ولأن هذا عقد غير منصوص عليه ، ولا هو فى معنى المنصوص ، فهو كسائر العقود الفاسدة ، إلا أن يريد بالاجارة المعاملة على الوجه الذى تقدم . وقد أشار أحمد إلى ما يدل على تشبيهه لمثل هذا بالمزارعة ، فقال لا بأس بالثوب ، يدفع بالثلث والربع لحديث جابر « أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطى خيبر على الشطر » وهذا يدل على أنه قد صار فى هذا ومثله الى الجواز لشبهه بالمساقاة والمزارعة ، لا إلى المضاربة ولا الى الاجارة . ونقل أبو داود عن أحمد فيمن يعطى فرسه على النصف من الغنيمة : أرجو أن لا يكون به بأس . قال إسحاق بن ابراهيم قال أبو عبد الله : إذا كان على النصف والربع فهو جائز ، وبه قال الأوزاعى

ونقل أحمد بن سعيد عن أحمد فيمن دفع عبده الى رجل ليكسب عليه ويكون له ثلث ذلك أو ربعه فجائز ، والوجه فيه ماذكرناه فى مسألة الدابة ، وان دفع ثوبه إلى خياط ليفصله قمصاناً يبيعها وله نصف ربحها بحق عمله جاز ، نص عليه فى رواية حرب ، وإن دفع غزلا إلى رجل ينسجه ثوبا بثلث ثمنه أو ربعه جاز ، نص عليه ولم يجز مالك وأبو حنيفة والشافعى شيئا من ذلك ، لأنه عوض مجهول وعمل مجهول ، وقد ذكرنا وجه جوازه ، وان جعل له مع ذلك دراهم معلومة لم يجز ،

نص عليه ، وعنه الجواز والصحيح الأول . وقال أبو بكر : هذا قول قديم ، وما روى غير هذا فعليه المعتمد

قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يقول : لا بأس بالثوب يدفع بالثلث والربع ، وسئل عن الرجل يعطى الثوب بالثلث ودرهم ودرهمين ؟ قال أكرهه لأن هذا شيء لا يعرف والثلث إذا لم يكن معه شيء نراه جائزاً ، لحديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى خيبر على الشطر »

قيل لأبي عبد الله فإن كان النساج لا يرضى حتى يزاد على الثلث درهماً ؟ قال : فليجعل له ثلثا وعشرا ثلث ونصف عشر وماأشبهه . وروى الأثرم عن ابن سيرين والنخعي والزهري وأيوب ويعلى بن حكيم : أنهم أجازوا ذلك ، وقال ابن المنذر . كره هذا كله الحسن وقال أبو ثور وأصحاب الرأي : هذا كله فاسد واختاره ابن المنذر وابن عقيل وقالوا : لو دفع شبكة إلى الصياد ليصيد بها السمك بينهمانصفين فالصيد كله للصياد ولصاحب الشبكة أجر مثلها وقياس مانقل عن أحمد صحة الشركة ، وما رزق بينهما على ما شرطاه لأنها عين تنمى بالعمل فيها فصح دفعها ببعض نمائها كالأرض .

(فصل) قال ابن عقيل « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان» وهو أن يعطى الطحان أقفزة معلومة يطحنها بقفيز دقيق منها ، وعلة المنع : أنه جعل له بعض معموله أجراً لعمله فيصير الطحن مستحقا له عليه ، وهذا الحديث لانعرفه ولا يثبت عندنا صحته ، وقياس قول أحمد جوازه لما ذكرناه عنه من المسائل .

(فصل) فإن كان لرجل دابة ولآخر إكاف وجوالقات فاشتركا على أن يؤجراهما والأجرة بينهما نصفان فهو فاسد ، لأن هذه أعيان لا يصح الاشتراك فيها كذلك فى منافعها إذ تقديره أجر دابتك لتكون أجرتها بيننا وأؤجر جوالقاتى لتكون أجرتها بيننا ، وتكون الأجرة كلها لصاحب البهيمة ، لانه مالك الاصل وللآخر أجر مثله على صاحب البهيمة ، لانه استوفى منافع ملكه بعقد ، هذا إذا أجر الدابة بما عليها من الاكاف والجوالقات فى عقد واحد ، فأما لو أجر كل واحد منهما ملكه منفرداً فلكل واحد منهما أجر ملكه ، وهكذا لو قال رجل

لصاحبه أجر عبدى والاجر بيننا كان الاجر لصاحبه وللآخر أجر مثله ، وكذلك فى جميع الاعيان

(فصل) فإن اشترك ثلاثة من أحدهم دابة ومن آخر راوية ومن الآخر العمل على أن ما رزق الله تعالى فهو بينهم ، صح فى قياس قول أحمد ، فإنه قد نص فى الدابة يدفعها الى آخر يعمل عليها على أن لهما الاجرة على الصحة ، وهذا مثله لانه دفع دابته الى آخر يعمل عليها ، والراوية عين تنمى بالعمل عليها فهى كالبهيمة ؛ فعلى هذا يكون مارزق الله بينهم على ما اتفقوا عليه ، وهذا قول الشافعى ، ولانهما وكلاء العامل فى كسب مباح بآلة دفعاها اليه ، فأشبه ما لو دفع إليه أرضه ليزرعها وهكذا لو اشترك أربعة ، من أحدهم دكان ، ومن آخر رحى ، ومن آخر بغل ، ومن آخر العمل على أن يطحنوا بذلك ، فما رزق الله تعالى فهو بينهم صح ، وكان بينهم على ما شرطوه

وقال القاضى : العقد فاسد فى المسألتين جميعا ، وهو ظاهر قول الشافعى ، لان هذا لا يجوز أن يكون مشاركة ولا مضاربة ، لكونهما لا يجوز أن يكون رأس مالها العروض ، ولان من شرطهما عود رأس المال سليما ، بمعنى أنه لا يستحق شيء من الربح حتى يستوفى رأس المال بكماله ، والراوية ههنا تخلق وتنقص ولا إجارة لانها تفتقر الى مدة معلومة وأجر معلوم فتكون فاسدة ، فعلى هذا يكون الاجر كله فى المسألة الاولى للسقاء ، لانه لما غرف الماء فى الاناء ملكه ، فاذا باعه فثمنه له لانه عوض ملكه ، وعليه لصاحبيه أجر المثل لأنه استعمل ملكهما بعوض لم يسلم لهما فكان لهما أجر المثل كسائر الاجارات الفاسدة .

وأما فى المسألة الثانية فإنهم إذا طحنوا لرجل طعاما بأجرة نظرت فى عقد الاجارة ، فإن كان من واحد منهم ولم يذكر أصحابه ولا نواهم فالاجر كله له وعليه لاصحابه أجر المثل ، وان نوى أصحابه أو ذكرهم كان كما لو عقد مع كل واحد منهم منفردا أو استأجر من جميعهم ، فقال استأجرتكم لتطحنوا لى هذا الطعام بكذا فالاجر بينهم أرباعا ، لان كل واحد منهم قد لزمه طحن ربعه بربع الاجر ويرجع كل واحد منهم على أصحابه بربع أجر مثله

وإن قال : استأجرت هذا الدكان والبغل والرحى ، وهذا الرجل بكذا . وكذا

لطحن كذا وكذا من الطعام صح والأجر بينهم على قدر أجر مثلهم لكل واحد من المسمى بقدر حصته فى أحد الوجهين ، وفى الآخر . يكون بينهم أرباعا ، بناء على ما إذا تزوج أربعا بمهر واحد أوكاتب أربعة أعبد بعوض واحد ، هل يكون العوض أرباعا أو على قدر قيمتهم ؟ على وجهين

« مسألة » قال (وإن اشترك بدنان بمال أحدهما ، أوبدنان بمال غيرهما ، أو بدن ومال ، أو مالان وبدن صاحب أحدهما ، أو بدنان بماليهما تساوى المال أو اختلف ، فكل ذلك جائز)

ذكر أصحابنا الشركة الجائزة أربعا ، وقد ذكرنا نوعا منها ، وهو شركة الأبدان ، وبقى ثلاثة أنواع ذكرها الخرقى فى خمسة أقسام ، ثلاثة منها المضاربة ، وهى إذا اشترك بدنان بمال أحدهما أو بدن ومال ، أو مالان وبدن صاحب أحدهما

وقسم منها شركة الوجوه : وهو إذا اشترك بدنان بمال غيرهما ، فقال القاضى معنى هذا القسم أن يدفع واحد ماله الى اثنين مضاربة ، فيكون المضاربان شريكين فى الربح بمال غيرهما لأنهما إذا أخذا المال بجاههما فلا يكونان مشتركين بمال غيرهما وهذا محتمل ، والذى قلنا له وجه لكونهما اشتركا فيما يأخذان من مال غيرهما ، واخترنا هذا التفسير لأن كلام الخرقى بهذا التقدير يكون جامعا لأنواع الشركة الصحيحة ، وعلى تفسير القاضى يكون مخلا بنوع منها وهى شركة الوجوه ، ويكون هذا المذكور نوعا من المضاربه ، ولأن الخرقى ذكر الشركه بين اثنين وهو صحيح على تفسيرنا ، وعلى تفسير القاضى تكون الشركة بين ثلاثة ، وهو خلاف ظاهر قول الخرقى

والقسم الخامس : إذا اشترك بدنان بماليهما — وهذه شركة العنان — وهى شركة متفق عليها .

فأما شركة الوجوه فهو أن يشترك اثنان فيما يشتريان بجاههما وثقة التجار بهما ، من غير أن يكون لهما رأس مال ، على أن ما اشتريا بينهما نصفين أو أثلاثا أو أرباعا أو نحو ذلك ، ويبيعان ذلك ، فما قسم الله تعالى فهو بينهما فهى جائزة ، سواء عين أحدهما لصاحبه ما يشتريه أو قدره أو وقته ، أو ذكر صنف المال أو لم

يعين شيئا من ذلك ، بل قال : ما اشتريت من شيء فهو بيننا . وقال أحمد فى رواية ابن منصور فى رجلين اشتركا بغير رءوس أموالهما : على أن ما يشتريه كل واحد منهما بينهما فهو جائز ، وبهذا قال الثورى ومحمد بن الحسين وابن المنذر . وقال أبو حنيفه لا يصح حتى يذكر الوقت أو المال أو صنفا من الثياب

وقال مالك والشافعى : يشترط ذكر شرائط الوكالة ، لأن شرائط الوكاله معتبرة فى ذلك من تعين الجنس وغيره من شرائط الوكاله

ولنا أنهما اشتركا فى الابتياع وأذن كل واحد منهما للآخر فيه فصح ، وكان ما يتبايعانه بينهما ، كما لو ذكر شرائط الوكاله ، وقولهم ان الوكاله لا تصح حتى يذكر قدر الثمن والنوع ممنوع على رواية لنا ، وان سلمنا ذلك فإنما يعتبر فى الوكاله المفردة ، أما الوكاله الداخلية فى ضمن الشركة فلا يعتبر فيها ذلك ، بدليل المضاربة وشركة العنان ، فإن فى ضمنها توكيلا ؛ ولا يعتبر فيها شيء من هذا ـ كذا هنا ـ فعلى هذا اذا قال لرجل : ما اشتريت اليوم من شيء فهو بينى وبينك نصفان ؛ أو أطلق الوقت فقال نعم ، أو قال : ما اشتريت أنا من شيء فهو بينى وبينك نصفان جاز وكانت شركة صحيحة ؛ لأنه أذن له فى التجارة على أن يكون المبيع بينهما ، وهذا معنى الشركة ويكون توكيلا له فى شراء نصف المتاع بنصف الثمن ، فيستحق الربح فى مقابلة ملكه الحاصل فى المبيع ، سواء خص ذلك بنوع من المتاع أو أطلق

وكذلك إذا قالا ، ما اشتريناه أوماشتراه أحدنا من تجارة فهو بيننا ، فهو شركة صحيحة ، وهما فى تصرفاتهما وما يجب لهما وعليهما وفى إقرارهما وخصومتهما وغير ذلك بمنزلة شريكى العنان على ما سنذكره إن شاء الله تعالى ، وأيهما عزل صاحبه عن التصرف انعزل ، لانه وكيله ، وسميت هذه شركة الوجوه ، لانهما يشتركان فيما يشتريان بجاههما والجاه والوجه واحد ، يقال ، فلان وجيه ، إذا كان ذا جاه قال الله تعالى فى موسى عليه السلام (وكان عند الله وجيها) وفى بعض الآثار ، أن موسى عليه السلام قال : يارب إن كان قد خلق جاهى عندك فأسألك بحق النبي الأمى الذى تبعثه فى آخر الزمان ، فأوحى الله تعالى اليه ماخلق جاهك عندى وإنك عندى لوجيه [1]

(١) من روى هذا الاثر ؟ الظاهر أنه من الاسرائيليات الدخيلة .

(فصل) القسم الثانى : أن يشترك بدنان بماليهما . وهذا النوع الثالث من أنواع الشركة ، وهى شركة العنان ، ومعناها أن يشترك رجلان بماليهما على أن يعملا فيهما بأبدانهما والربح بينهما . وهى جائزة بالاجماع ، ذكره ابن المنذر وإنما اختلف فى بعض شروطها ، واختلف فى علة تسميتها شركة العنان ، فقيل سميت بذلك لأنهما يتساويان فى المال والتصرف كالفارسين إذا سويا بين فرسيهما وتساويا فى السير ، فإن عنانيهما يكونان سواء.

وقال الفراء : هى مشتقة من عنّ الشيء إذا عرض ، يقال عنت لى حاجة اذا عرضت ، فسميت الشركة بذلك لان كل واحد منهما عنّ له أن يشارك صاحبه ، وقيل هى مشتقة من المعانتة وهى المعارضة ، يقال عانت فلانا اذا عارضته بمثل ماله وأفعاله ، فكل واحد من الشريكين معارض لصاحبه بماله وفعاله ، وهذا يرجع إلى قول الفراء

(فصـــل)

ولا خلاف فى أنه يجوز جعل رأس المـــال الدراهم والدنانير ، فانها قيم الاموال وأثمان البياعات والناس يشتركون بها من لدن النبي صلى الله عليه وسلم إلى زمننا من غير نكير ، فأما العروض فلا تجوز الشركة فيها فى ظاهر المذهب ، نص عليه أحمد فى رواية أبى طالب وحرب ، وحكاه عنه ابن المنذر ، وكره ذلك ابن سيرين ويحيى بن أبى كثير والثورى والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى لأن الشركة إما أن تقع على أعيان العروض أو قيمتها أو أثمانها لا يجوز وقوعها على أعيانها ، لأن الشركة تقتضى الرجوع عند المفاصلة برأس المال أو بمثله ، وهذه لامثل لها فيرجع اليه ، وقد تزيد قيمة جنس أحدها دون الآخر فيستوعب بذلك جميع الربح أو جميع المال ، وقد تنقص قيمته فيؤدى إلى أن يشاركه الآخر فى ثمن ملكه الذى ليس بربح ، ولا على قيمتها لان القيمة غير متحققة القدر فيفضى إلى التنازع ، وقد يقوّم الشيء بأكثر من قيمته ، ولأن القيمة قد تزيد فى أحدهما قبل بيعه فيشاركه الآخر فى العين المملوكة له ، ولا يجوز وقوعها على أثمانها لأنها معدومة حال العقد ولا يملكانها ، ولأنه ان أراد ثمنها الذى اشتراها به فقد خرج

عن مكانه وصار للبائع ، وإن أراد ثمنها الذى يبيعها به فإنها تصير شركة معلقة على شرط ، وهو بيع الأعيان ، ولا يجوز ذلك ، وعن أحمد رواية أخرى : أن الشركة والمضاربة تجوز بالعروض وتجعل قيمتها وقت العقد رأس المال . قال أحمد : إذا اشتركا فى العروض يقسم الربح على ما اشترطا ، وقال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل عن المضاربة بالمتاع ؟ قال : جائز ، فظاهر هذا صحة الشركة بها ، اختار هذا أبو بكر وأبو الخطاب ، وهو قول مالك وابن أبى ليلى ، وبه قال فى المضاربة طاوس والأوزاعى وحماد بن أبى سليمان ، لأن مقصود الشركة جواز تصرفهما فى المالين جميعا ، وكون ربح المالين بينهما ، وهذا يحصل فى العروض كحصوله فى الأثمان ، فيجب أن تصح الشركة والمضاربة بها كالأثمان ، ويرجع كل واحد منهما عند المفاصلة بقيمة ماله عند العقد كما أننا جعلنا نصاب زكاتها قيمتها . وقال الشافعى : إن كانت العروض من ذوات الأمثال كالحبوب والأدهان جازت الشركة بها فى أحد الوجهين لأنها من ذوات الأمثال أشبهت النقود ويرجع عند المفاصلة بمثلها ، وإن لم تكن من ذوات الأمثال لم يجز وجها واحدا لأنه لا يمكن الرجوع بمثلها .

ولنا أنه نوع شركة فاستوى فيها ماله مثل من العروض وما لا مثل له كالمضاربة وقد سلم أن المضاربة لا تجوز بشىء من العروض ، ولأنها ليست بنقد فلم تصح الشركة بها كالذى لا مثل له .

(فصل) والحكم فى النقرة كالحكم فى العروض لأن قيمتها تزيد وتنقص وهى كالعروض ، وكذلك الحكم فى المغشوش من الأثمان قل الغش أو كثر ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : إن كان الغش أقل من النصف جاز ، وإن كثر لم يجز لأن الاعتبار بالغالب فى كثير من الأصول .

ولنا أنها مغشوشة فأشبه ما لو كان الغش أكثر ، ولأن قيمتها تزيد وتنقص ، أشبهت العروض . وقولهم : الاعتبار بالغالب ليس بصحيح فإن الفضة إذا كانت أقل لم يسقط حكمها فى الزكاة ، وكذلك الذهب . اللهم إلا أن يكون الغش قليلا جداً لمصلحة النقد كيسير الفضة فى الدينار ، مثل الحبة ونحوها . فلا اعتبار به ، لأنه لا يمكن التحرز منه ولا يؤثر فى الربا ولا فى غيره .

(فصل) ولا تصح الشركة بالفلوس، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وابن القاسم صاحب مالك، ويتخرج الجواز إذا كانت نافقة فإن أحمد قال: لا أرى السلم في الفلوس لأنه يشبه الصرف وهذا قول محمد بن الحسن وأبي ثور لأنها ثمن: فجازت الشركة بها كالدراهم والدنانير، ويحتمل جواز الشركة بها على كل حال، نافقة كانت أو غير نافقة، بناء على جواز الشركة بالعروض.

ووجه الاول: أنها تنفق مرة وتكسد أخرى فأشبهت العروض، فإذا قلنا بصحة الشركة فيها فإنها إن كانت نافقة كان رأس المال مثلها، وإن كانت كاسدة كانت قيمتها كالعروض.

(فصل) ولا يجوز أن يكون رأس مال الشركة مجهولا ولا جزافاً لأنه لابد من الرجوع به عند المفاصلة، ولا يمكن مع الجهل والجزاف، ولا يجوز بمال غائب ولا دين. لأنه لا يمكن التصرف فيه في الحال وهو مقصود الشركة.

(فصل) ولا يشترط لصحتها اتفاق المالين في الجنس. بل يجوز أن يخرج أحدهما دراهم والآخر دنانير، نص عليه أحمد وبه قال الحسن وابن سيرين، وقال الشافعي: لا تصح الشركة إلا أن يتفقا في مال واحد، بناء على أن خلط المالين شرط ولا يمكن إلا في المال الواحد، ونحن لا نشترط ذلك، ولأنهما من جنس الأثمان فصحت الشركة فيهما كالجنس الواحد، ومتى تفاصلا يرجع هذا بدنانيره وهذا بدراهمه ثم اقتسما الفضل، نص عليه أحمد، فقال. يرجع هذا بدنانيره وهذا بدراهمه، وقال: كذا يقول محمد والحسن، وقال القاضي: إذا أرادا المفاصلة قوما المتاع بنقد البلد وقوما مال الآخر به ويكون التقويم حين صرفا الثمن فيه.

ولنا أن هذه شركة صحيحة رأس المال فيها الأثمان فيكون الرجوع بجنس رأس المال كما لو كان الجنس واحدا.

(فصل) ولا يشترط تساوي المالين في القدر، وبه قال الحسن والشعبي والنخعي والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي، وقال بعض أصحاب الشافعي: يشترط ذلك.

ولنا أنهما مالان من جنس الأثمان، فجاز عقد الشركة عليهما كما لو تساويا.

(فصل) ولا يشترط اختلاط المالين إذا عيناهما وأحضراهما، وبهذا قال

أبو حنيفة ومالك ، إلا أن مالكا شرط أن تكون أيديهما عليه بأن يجعلاه فى حانوت لهما أو فى يد وكيلهما ، وقال الشافعى : لا يصح حتى يخلطا المالين لأنهما إذا لم يخلطاهما فمال كل واحد منهما يتلف منه دون صاحبه أو يزيد له دون صاحبه فلم تنعقد الشركه كما لو كان من المكيل .

ولنا أنه عقد يقصد به الربح فلم يشترط فيه خلط المال كالمضاربة ، ولانه عقد على التصرف فلم يكن من شرطه الخلط كالوكاله ، وعلى مالك : فلم يكن لمن شرطه أن تكون أيديهما عليه كالوكاله ، وقولهم : إنه يتلف من مال صاحبه أو يزيد على ملك صاحبه ممنوع بل يتلف من مالهما وزيادته لهما لان الشركه اقتضت ثبوت الملك لكل واحد منهما فى نصف مال صاحبه ، فيكون تلفه منهما وزيادته لهما ، وقال أبو حنيفة ، متى تلف أحد المالين فهو من ضمان صاحبه .

ولنا أن الوضيعة والضمان أحد موجبى الشركه فتعلق بالشريكين كالربح وكما لو اختلطا .

(فصل)

ومتى وقعت الشركه فاسدة فإنهما يقتسمان الربح على قدر رأس أموالهما ويرجع كل واحد منهما على الآخر بأجر عمله ، نص عليه أحمد فى المضاربة ، واختاره القاضى . وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى ، لان المسمى يسقط فى العقد الفاسد ، كالبيع الفاسد إذا تلف المبيع فى يد المشترى ، إلا أن يكون مال كل واحد منهما مميزاً وربحه معلوماً ؛ فيكون له ربح ماله ، ولو ربح فى جزء منه ربحا متميزاً وباقيه مختلط كان له ما تميز من ربح ماله وله بحصته باقى ماله من الربح واختار الشريف أبو جعفر أنهما يقتسمان الربح على ما شرطاه ، ولا يستحق أحدهما على الآخر أجر عمله ، وأجراها مجرى الصحيحة فى جميع أحكامها ، قال : لان أحمد قال : اذا اشتركا فى العروض قسم الربح على ما اشترطاه ، واحتج بأنه عقد يصح مع الجهالة ، فيثبت المسمى فى فاسده كالنكاح ، والمذهب الاول قاله القاضى وكلام أحمد محمول على الرواية الاخرى فى تصحيح المضاربة بالعروض لان الاصل كون ربح مال كل واحد لمالكه لأنه نماؤه ، وإنما ترك ذلك بالعقد الصحيح ،

فإذا لم يكن العقد صحيحاً بقي الحكم على مقتضى الأصل كما أن البيع إذا كان فاسداً لم ينقل ملك كل واحد من المتبايعين عن ماله .

(فصل) وشركة العنان مبنية على الوكالة والأمانة لان كل واحد منهما بدفع المال إلى صاحبه أمنه ، وبإذنه له في التصرف وكله ، ومن شرط صحتها : أن يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف فإن أذن له مطلقا في جميع التجارات تصرف فيها ، وإن عين له جنسا أو نوعا أو بلدا تصرف فيه دون غيره لانه متصرف بالإذن فوقف عليه كالوكيل . ويجوز لكل واحد منهما أن يبيع ويشتري مساومة ومرابحة وتولية ومواضعة وكيف رأى المصلحة لان هذا عادة التجار ، وله أن يقبض المبيع والثمن ويقبضهما ويخاصم في الدين ويطالب به ويحيل ويحتال ويرد بالعيب فيما وليه هو وفيما ولي صاحبه ، وله أن يستأجر من رأس مال الشركة ويؤجر لان المنافع أجريت مجرى الاعيان فصار كالشراء والبيع والمطالبة بالاجر لهما وعليهما لان حقوق العقد لا تختص العاقد .

(فصل) وليس له أن يكاتب الرقيق ولا يعتق على مال ولا غيره ، ولا يزوج الرقيق لان الشركة تنعقد على التجارة : وليست هذه الانواع تجارة سيما تزويج العبد ، فإنه محض ضرر ، وليس له أن يقرض ولا يحابي لانه تبرع وليس له التبرع وليس له أن يشارك بمال الشركة ولا يدفعه مضاربة لان ذلك يثبت في المال حقوقاً ويستحق ربحه لغيره ، وليس ذلك له ، وليس له أن يخلط مال الشركة بماله ولا مال غيره لانه يتضمن إيجاب حقوق في المال ، وليس هو من التجارة المأذون فيها ، ولا يأخذ بالمال سفتجة ولا يعطي به سفتجة لان في ذلك خطراً لم يؤذن فيه ؛ وليس له أن يستدين على مال الشركة فإن فعل فذلك له ، وله ربحه وعليه وضيعته ، قال أحمد في رواية صالح فيمن استدان في المال بوجهه ألفاً : فهو له وربحه له والوضيعة عليه .

وقال القاضي : إذا استقرض شيئاً لزمهما وربحه لهما ، لانه تمليك مال بمال فهو كالصرف ، ونص أحمد يخالف هذا ، ولانه أدخل في الشركة أكثر مما رضي الشريك بالمشاركة فيه فلم يجز ، كما لو ضم إليها ألفاً من ماله . ويفارق الصرف

لأنه بيع وإبدال عين بعين ، فهو كبيع الثياب بالدراهم ، وليس له أن يقر على مال الشركة فإن فعل لزم فى حقه دون صاحبه ، سواء أقر بعين أو دين لان شريكه إنما أذن فى التجارة ، وليس الإقرار داخلا فيها ، وإن أقر بعيب فى عين باعها قبل إقراره ، وكذلك يقبل إقرار الوكيل على موكله بالعيب نص عليه أحمد ، وكذلك إن أقر بقية ثمن المبيع أو بجميعه أو بأجر للمنادى أو الحمال وأشباه هذا ينبغى أن يقبل لان هذا من توابع التجارة ، فكان له ذلك كتسليم المبيع وأداء ثمنه ، وإن ردت السلعة عليه بعيب فله أن يقبلها ، وله أن يعطى أرش العيب أو يحط من ثمنه أو يؤخر ثمنه لأجل العيب لان ذلك قد يكون أحظ من الرد ، وإن حط من الثمن ابتداء أو أسقط ديناً لهما عن غريمهما لزم فى حقه ، وبطل فى حق شريكه لانه تبرع والتبرع يجوز فى حق نفسه دون شريكه ، وإن كان لهما دين حال فأخر أحدهما حصته من الدين جاز ، وبه قال أبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز .

ولنا أنه أسقط حقه من المطالبة فصح أن ينفرد أحدهما به كالابراء .

فصل

وهل لأحدهما أن يبيع نساء ؟ يخرج على روايتين ، بناء على الوكيل والمضارب سنذكر ذلك ، وإن اشترى نساء بنقد عنده مثله أو نقد من غير جنسه ، أو اشترى بشىء من ذوات الامثال وعنده مثله جاز لانه إذا اشترى بجنس ما عنده فهو يؤدى مما فى يديه ، فلا يفضى إلى الزيادة فى الشركه ، وإن لم يكن فى يده نقد ولا مثلى من جنس ما اشترى به ، أو كان عنده عرض فاستدان عرضاً فالشراء له خاصة ، وربحه له وضمانه عليه لانه استدانه على مال الشركه ، وليس له ذلك على ما أسلفناه : والاولى : أنه متى كان عنده من مال الشركه ما يمكنه من أداء الثمن منه ببيعه أنه يجوز ، لانه أمكنه من أداء الثمن من مال الشركة فأشبه ما لو كان عنده نقد ، ولان هذا عادة التجار ولا يمكن التحرز منه ، وهل له أن يبضع أو يودع ؟ على روايتين .

إحداهما : له ذلك لانه عادة التجار . وقد تدعو الحاجة إلى الإيداع .

والثانية . لا يجوز ، لانه ليس من الشركه وفيه غرر ، والصحيح : أن الإيداع يجوز عند الحاجة إليه لانه من ضرورة الشركه أشبه دفع المتاع إلى الحمال ، وفى

التوكيل فيما يتولى مثله بنفسه وجهان ، بناء على الوكيل ، وقيل : يجوز للشريك التوكيل بخلاف الوكيل لانه لو جاز للوكيل التوكيل لاستفاد بحكم العقد مثل العقد ، والشريك يستفيد بعقد الشركه ما هو أخص منه ودونه لان التوكيل أخص من عقد الشركة فإن وكل أحدهما ملك الآخر عزله لان لكل واحد منهما التصرف فى حق صاحبه بالتوكيل فكذلك بالعزل ، وهل لأحدهما أن يرهن بالدين الذى عليهما ، أو يرهن بالدين الذى لهما ؟ على وجهين .

أصحهما: أن له ذلك عند الحاجة لان الرهن يراد للإيفاء ، والارتهان يراد للاستيفاء : وهو يملك الإيفاء والاستيفاء ، فملك ما يراد لهما .

والثانى : ليس له ذلك لان فيه خطراً ، ولا فرق بين أن يكون ممن ولى العقد أو من غيره ، لكون القبض من حقوق العقد ، وحقوق العقد لا تختص العاقد فكذلك ما يراد له ، وهل له السفر بالمال ؟ فيه وجهان نذكرهما فى المضاربة ، فأما الإقالة فالاولى : أنه يملكها لانها إن كانت بيعاً فهو يملك البيع ، وإن كانت فسخاً فهو يملك الفسخ بالرد بالعيب اذا رأى المصلحة فيه ، فكذلك يملك الفسخ بالاقالة اذا كان الحظ فيه فإنه قد يشترى ما يرى أنه قد غبن فيه ويحتمل أن لا يملكها : اذا قلنا : هو فسخ لان الفسخ ليس من التجارة ؛ وان قال له : اعمل برأيك جاز له أن يعمل كل ما يقع فى التجارة ؛ من الابضاع ، والمضاربة بالمال ، والمشاركه به وخلطه بماله والسفر به والإيداع ، والبيع نساء والرهن والارتهان ، والاقالة ونحو ذلك لانه فوض اليه الرأى فى التصرف الذى تقتضيه الشركه فجاز له كل ما هو من التجارة ، فأما ما كان تمليكا بغير عوض كالهبة والحطيطة لغير فائدة ، والقرض والعتق ومكاتبة الرقيق وتزويجهم ونحوه فليس له فعله لانه انما فوض اليه العمل برأيه فى التجارة ، وليس هذا منها .

فصل

وان أخذ أحدهما مالا مضاربة فربحه له ووضيعته عليه دون صاحبه ، لانه يستحق ذلك فى مقابلة عمله ، وليس ذلك من المال الذى اشتركا فيه ، وقد قال أصحابنا فى المضاربة اذا . ضارب لرجل آخر رد ما حصل من الربح فى شركة الاول اذا كان فيه ضرر على الاول ، فيجيء ههنا مثله .

(فصل) والشركة من العقود الجائزة : تبطل بموت أحد الشريكين وجنونه والحجر عليه للسفه وبالفسخ من أحدهما ، لأنها عقد جائز ، فبطلت بذلك كالوكالة وان عزل أحدهما صاحبه انعزل المعزول فلم يكن له أن يتصرف الا فى قدر نصيبه وللعازل التصرف فى الجميع ، لأن المعزول لم يرجع عن إذنه ؛ هذا إذا كان المال ناضا ، وان كان عرضا فذكر القاضى : أن ظاهر كلام أحمد : أنه لا ينعزل بالعزل وله التصرف حتى ينض المال ؛ كالمضارب إذا عزله رب المال ، وينبغى أن يكون له التصرف بالبيع دون المعاوضة بسلعة أخرى ، أو التصرف بغير ما ينض به المال وذكر أبو الخطاب : أنه يعزل مطلقا ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه عقد جائز ، فأشبه الوكالة ، فعلى هذا ان اتفقا على البيع أو القسمة فعلا . وان طلب أحدهما القسمة والآخر البيع أجيب طالب القسمة دون طالب البيع .

فإن قيل : أليس إذا فسخ رب المال المضاربة فطلب العامل البيع أجيب اليه فالجواب : أن حق العامل فى الربح ، ولا يظهر الربح الا بالبيع فاستحقه العامل لوقوف حصول حقه عليه ، وفى مسألتنا : ما يحصل من الربح يستدركه كل واحد منهما فى نصيبه من المتاع ، فلم يجبر على البيع

فصل

فإن مات أحد الشريكين وله وارث رشيد فله أن يقيم على الشركة ويأذن له الشريك فى التصرف ، وله المطالبة بالقسمة ، فإن كان موليا عليه قام وليه مقامه فى ذلك ، الا أنه لا يفعل الا ما فيه المصلحة للمولى عليه ، فإن كان الميت قد وصى بمال الشركة أو ببعضه لمعين فالموصى له كالوارث فيما ذكرنا ، وان وصى به لغير معين كالفقراء لم يجز للوصى الإذن فى التصرف ، لأنه قد وجب دفعه اليهم فيعزل نصيبهم ويفرقه بينهم ، وان كان على الميت دين تعلق بتركته فليس للوارث إمضاء الشركة حتى يقضى دينه ، فان قضاه من غير مال الشركة فله الاتمام ، وان قضاه منه بطلت الشركة فى قدر ما قضى .

(فصل) القسم الثالث : أن يشترك بدن ومال ، وهذه المضاربه ، وتسمى قراضا أيضا ، ومعناها : أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر له فيه ، على أن ما حصل من الربح بينهما حسب ما يشترطانه ، فأهل العراق يسمونه مضاربة ، مأخوذة من

الضرب فى الأرض ، وهو السفر فيها للتجارة ، قال الله تعالى (٧٢ : ٢ وآخرون يضربون فى الارض يبتغون من فضل الله) .

ويحتمل أن يكون من ضرب كل واحد منهما فى الربح بسهم ، ويسميه أهل الحجاز القراض، فقيل هو مشتق من القطع . يقال قرض الفأر الثوب إذا قطعه ، فكأن صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها الى العامل ، واقتطع له قطعة من الربح ، وقيل : اشتقاقه من المساواة والموازنة ، يقال : تقارض الشاعران ، إذا وازن كل واحد منهما الآخر بشعره ، وههنا من العامل العمل ومن الآخر المال فتوازنا . وأجمع أهل العلم على جواز المضاربة فى الجملة ، ذكره ابن المنذر .

وروى عن حميد بن عبد الله عن أبيه عن جده « أن عمر بن الخطاب أعطاه مال يتيم مضاربة يعمل به فى العراق » وروى مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه « أن عبد الله وعبيد الله ابنى عمر بن الخطاب رضى الله عنهم خرجا فى جيش الى العراق فتسلفا من أبى موسى مالا وابتاعا به متاعا ، وقدما به الى المدينة ؛ فباعاه وربحا فيه فأراد عمر أخذ رأس المال والربح كله ، فقالا : لو تلف كان ضمانه علينا ، فلم لا يكون ربحه لنا ؟ فقال رجل : يا أمير المؤمنين ، لو جعلته قراضا ؟ قال : قد جعلته ، وأخذ منهما نصف الربح » وهذا يدل على جواز القراض .

وعن مالك عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده « أن عثمان قارضه » وعن قتادة عن الحسن أن عليا قال « اذا خالف المضارب فلا ضمان ، هما على ماشرطا » وعن ابن مسعود وحكيم بن حزام « أنهما قارضا » ولا مخالف لهما فى الصحابه ؛ فحصل إجماعا ، ولان بالناس حاجة الى المضاربة ، فإن الدراهم والدنانير لا تنمى إلا بالتقليب والتجارة ، وليس كل من يملكها يحسن التجارة ، ولان كل من يحسن التجارة له رأس مال ، فاحتيج اليها من الجانبين ، فشرعها الله تعالى لدفع الحاجتين .

إذا ثبت هذا : فإنها تنعقد بلفظ : المضاربة والقراض ، لأنهما لفظان موضوعان لها أو بما يؤدى معناها ، لان المقصود المعنى ، فجاز بما دل عليه كلفظ التمليك فى البيع .

(فصل) وحكمها حكم شركة العنان ، فى أن كل ما جاز للشريك عمله جاز

المضارب عمله ، وما منع منه الشريك منع منه المضارب ، وما اختلف فيه ثم فههنا مثله : وما جاز أن يكون رأس المال الشركة جاز أن يكون رأس مال المضاربة . وما لا يجوز ثم لايجوز ههنا على مافصلناه .

(فصل) القسم الرابع : أن يشترك مالان وبدن صاحب أحدهما ، فهذا يجمع شركة ومضاربة ، وهو صحيح ، فلو كان بين رجلين ثلاثة آلاف درهم لأحدهما ألف وللآخر ألفان فأذن صاحب الألفين لصاحب الألف أن يتصرف فيها على أن يكون الربح بينهما نصفين صح ، ويكون لصاحب الألف ثلث الربح بحق ماله والباقي وهو ثلثا الربح بينهما ، لصاحب الألفين ثلاثة أرباعه ، وللعامل ربعه ، وذلك لأنه جعل له نصف الربح ، فجعلناه ستة أسهم ، منها ثلاثة للعامل حصة ماله سهمان وسهم يستحقه بعمله فى مال شريكه ، وحصة مال شريكه أربعة أسهم ، للعامل سهم وهو الربع .

فإن قيل : فكيف تجوز المضاربة ورأس المال مشاع ؟

قلنا : انما تمنع الاشاعة الجواز إذا كانت مع غير العامل ، لانها تمنعه من التصرف بخلاف ما إذا كانت مع العامل ، فإنها لا تمنعه من التصرف ، فلا تمنع من صحة المضاربة ، فإن شرط للعامل ثلث الربح فقط فمال صاحبه بضاعة فى يده ، وليست مضاربة ؛ لان المضاربة إنما تحصل اذا كان الربح بينهما ، فأما إذا قال . ربح مالك لك ، وربح مالى لى فقبل الاخر ، كان إبضاعاً لا غير ، وبهذا كله قال الشافعى ، وقال مالك لايجوز أن يضم الى القراض شركة ، كما لايجوز أن يضم اليه عقد إجارة

ولنا أنهما لم يجعلا أحد العقدين شرطاً للآخر ، فلم تمنع من جمعهما كما لو كان المال متميزاً .

فصل

إذا دفع اليه ألفا مضاربة وقال : أضف اليه ألفاً من عندك واتجر بها والربح بيننا لك ثلثاه ولى ثلثه جاز ، وكان شركة وقراضا ، وقال أصحاب الشافعى : لا يصح ، لان الشركة إذا وقعت على المال كان الربح تابعا له دون العمل .

ولنا أنهما تساويا فى المال وانفرد أحدهما بالعمل ، فجاز أن ينفرد بزيادة الربح كما لو لم يكن له مال ، وقولهم : إن الربح تابع للمال وحده ممنوع ، بل هو تابع لهما

كما أنه حاصل بهما ، فإن شرط غير العامل لنفسه ثلثى الربح لم يجز ، وقال القاضى : يجوز بناء على جواز تفاضلهما فى شركة العنان .

ولنا أنه اشترط لنفسه جزءاً من الربح لا مقابل له فلا يصح ، كما لو شرط ربح مال العامل المنفرد ، وفارق شركة العنان ، لأن فيها عملا منهما ، فجاز أن يتفاضلا فى الربح لتفاضلهما فى العمل بخلاف مسألتنا ، وان جعلا الربح بينهما نصفين ولم يقولا مضاربة جاز ، وكان إبضاعا كما تقدم ، وان قالا مضاربة فسد العقد ، لما سنذكره إن شاء الله تعالى .

﴿ فصل ﴾

القسم الخامس . أن يشترك بدنان بمال أحدهما ، وهو أن يكون المال من أحدهما والعمل منهما ، مثل أن يخرج أحدهما ألفا ويعملان فيه معا والربح بينهما فهذا جائز ، ونص عليه أحمد فى رواية أبى الحارث ، وتكون مضاربة ، لان غير صاحب المال يستحق المشروط له من الربح بعمله فى مال غيره ، وهذا هو حقيقة المضاربة ، وقال أبو عبد الله بن حامد والقاضى وأبو الخطاب : إذا شرط أن يعمل معه رب المال لم يصح ، وهذا مذهب مالك والاوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى وأبى ثور وابن المنذر ، قال : ولا تصح المضاربة حتى يسلم المال الى العامل ويخلى بينه وبينه : لان المضاربة تقتضى تسليم المال الى المضارب ، فإذا شرط عليه العمل فلم يسلمه لأن يده عليه فيخالف موضوعها ، وتأول القاضى كلام أحمد والخرقى على أن رب المال عمل من غير اشتراط .

ولنا أن العمل أحد ركنى المضاربة ، فجاز أن ينفرد به أحدهما مع وجود الامرين من الاخر كالمال ، وقولهم : ان المضاربة تقتضى تسليم المال الى العامل : ممنوع ، انما تقتضى اطلاق التصرف فى مال غيره بجزء مشاع من ربحه ، وهذا حاصل مع اشتراكهما فى العمل ، ولهذا لو دفع ماله الى اثنين مضاربة صح ولم يحصل تسليم المال الى أحدهما .

(فصل) وان شرط أن يعمل معه غلام رب المال صح ، وهذا ظاهر كلام الشافعى ، وقول أكثر الصحابة ، ومنعه بعضهم ، وهو قول القاضى ، لأن يد الغلام

كيد سيده ، وقال أبو الخطاب : فيه وجهان : أحدهما : الجواز ، لان عمل الغلام مال لسيده ، فصح ضمه اليه ، كما يصح أن يضم اليه بهيمة يعمل عليها .

(فصل) وأما شركة المفاوضة فنوعان .

أحدهما : أن يشتركا فى جميع أنواع الشركة ، مثل أن يجمعا بين شركة العنان والوجوه والابدان فيصح ذلك ، لان كل نوع منها يصح على انفراده ، فصح مع غيره

والثانى . أن يدخلا بينهما فى الشركة الاشتراك فيما يحصل لكل واحد منهما من ميراث ، أو يجده من ركاز أو لقطة ، ويلزم كل منهما ما يلزم الاخر من أرش جناية وضمان غصب وقيمة متلف ، وغرامة الضمان أو كفالة ، فهذا فاسد ، وبهذا قال الشافعى ، وأجازه الثورى والاوزاعى وأبو حنيفة . وحكى ذلك عن مالك ، وشرط أبو حنيفة لها شروطا ، وهى أن يكونا حرين مسلمين ، وأن يكون مالهما فى الشركة سواء ، وأن يخرجا جميع ما يملكانه من جنس الشركة ، وهو الدراهم والدنانير ، واحتجوا بما روى عن النبى (ص) أنه قال « اذا تفاوضتم فأحسنوا المفاوضة » ولانها نوع شركة يختص باسم ، فكان فيها صحيح كشركة العنان .

ولنا أنه عقد لا يصح بين الكافرين ولا بين كافر ومسلم ، فلم يصح بين المسلمين كسائر العقود الفاسدة ، ولأنه عقد لم يرد الشرع بمثله ، فلم يصح كما ذكرنا ، ولان فيه غرراً ، فلم يصح كبيع الغرر ، وبيان غرره : أنه يلزم كل واحد ما لزم الاخر وقد يلزمه شىء لا يقدر على القيام به ، وقد أدخلا فيه الاكساب النادرة ، والخبر لا نعرفه ، ولا رواه أصحاب السنن ، ثم ليس فيه ما يدل على أنه أراد هذا العقد ، فيحتمل أنه أراد المفاوضة فى الحديث ولهذا روى فيه « ولا تجادلوا فإن المجادلة من الشيطان » .

وأما القياس : فلا يصح ، فإن اختصاصها بإسم لا يقتضى الصحة ، كبيع المنابذة والملامسة وسائر البيوع الفاسدة ، وشركة العنان تصح من الكافرين والكافر والمسلم بخلاف هذا .

« مسألة » قال ﴿ والربح على ما اصطلحا عليه ﴾

يعنى فى جميع أقسام الشركة ، ولا خلاف فى ذلك فى المضاربة المحضة ،

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن للعامل أن يشترط على رب المال ثلث الربح أو نصفه ، أو ما يجمعان عليه ، بعد أن يكون ذلك معلوماً جزءاً من أجزاء ، ولأن استحقاق المضارب الربح بعمله . فجاز ما يتفقان عليه من قليل وكثير . كالأجرة فى الاجارة ، وكالجزء من الثمرة فى المساقاة والمزارعة .

وأما شركة العنان ـ وهو أن يشترك بدنان بماليهما ـ فيجوز أن يجعلا الربح على قدر المالين ، ويجوز أن يتساويا مع تفاضلهما فى المال وأن يتفاضلا فيه مع تساويهما فى المال ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال مالك والشافعى : من شرط صحتها كون الربح والخسران على قدر المالين ، لأن الربح فى هذه الشركة تبع المال ، بدليل أنه يصح عقد الشركة ، وإطلاق الربح فلا يجوز تغييره بالشرط كالوضيعة .

ولنا أن العمل مما يستحق به الربح فجاز أن يتفاضلا فى الربح مع وجود العمل منهما كالمضاربين لرجل واحد ، وذلك لأن أحدهما قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر وأقوى على العمل ، فجاز له أن يشترط زيادة فى الربح فى مقابلة عمله ، كما يشترط الربح فى مقابلة عمل المضارب .

يحققه . أن هذه الشركة معقودة على المال والعمل جميعاً ولكل واحد منهما حصة من الربح إذا كان مفرداً فكذلك إذا اجتمعا ، وأما حالة الاطلاق فإنه لما لم يكن بينهما شرط يقسم الربح عليه ويتقدر به قدرناه بالمال لعدم الشرط ، فإذا وجد الشرط فهو الأصل فيصير إليه كالمضاربة يصار إلى الشرط ، فإذا عدم وقال . الربح بيننا كان بينهما نصفين وفارق الوضيعة فإنها لا تتعلق إلا بالمال بدليل المضاربة .

واما شركة الابدان فهى معقودة على العمل المجرد ، وهما يتفاضلان فيه مرة ويتساويان أخرى فجاز ما اتفقا عليه من مساواة أو تفاضل كما ذكرنا فى شركة العنان ، بل هذه أولى ، لانعقادها على العمل المجرد .

وأما شركه الوجوه : فكلام الخرقى بعمومه يقتضى جواز ما يتفقان عليه من مساواة أو تفاضل ، وهو قياس المذهب ، لأن سائر الشركات الربح فيها على ما يتفقان عليه ، فكذلك هذه ، ولأنها تنعقد على العمل وغيره فجاز ما اتفقا عليه كشركه العنان ، وقال القاضى : الربح بينهما على قدر ملكيهما فى المشترى ،

لان الربح يستحق بالضمان ، إذ الشركة وقعت عليه خاصة ، إذ لا مال عندهما فيشتركان على العمل ، والضمان لا تفاضل فيه ، فلا يجوز التفاضل فى الربح .

ولنا أنها شركة فيها عمل فجاز ما اتفقا عليه فى الربح كسائر الشركات ، وقول القاضى : لا مال لهما يعملان فيه ، قلنا : إنما يشتركان ليعملا فى المستقبل فيما يتخذانه بجاههما ، كما أن سائر الشركات إنما يكون العمل فيها فيما يأتى ، فكذا ههنا .

وأما المضاربة التى فيها شركة ، وهى أن يشترك مالان وبدن صاحب أحدهما : مثل أن يخرج كل واحد منهما ألفاً ويأذن أحدهما للآخر فى التجارة بهما ، فمهما شرطا للعامل من الربح إذا زاد على النصف جاز ، لانه مضارب لصاحبه فى ألف ، ولعامل المضاربة ما اتفقا عليه بغير خلاف ، وإن شرطا له دون نصف الربح لم يجز ، لان الربح يستحق بمال وعمل ، وهذا الجزء الزائد على النصف المشروط لغير العامل لا مقابل له فبطل شرطه ، وإن جعلا الربح بينهما نصفين فليس هذا شركة ولا مضاربة ، لان شركة العنان تقتضى أن يشتركا فى المال والعمل ، والمضاربة تقتضى أن للعامل نصيبا من الربح فى مقابلة عمله ولم يجعلا له ههنا فى مقابلة عمله شيئا ، وإنما جعلا الربح على قدر المالين وعمله ، فى نصيب صاحبه تبرع فيكون ذلك إبضاعا ، وهو جائز إن لم يكن ذلك عوضا عن قرض فإن كان العامل اقترض الالف أو بعضها من صاحبه لم يجز ، لانه جعل عمله فى مال صاحبه عوضا عن قرضه وذلك غير جائز .

وأما إذا اشترك بدنان بمال أحدهما مثل أن يخرج أحدهما ألفا ويعملان جميعا فيه فإن للعامل الذى لا مال له من الربح ما اتفقا عليه لانه مضارب محض فأشبه ما لو لم يعمل معه رب المال ، فحصل مما ذكرنا أن الربح بينهما على ما اصطلحا عليه فى جميع أنواع الشركة ، سواء ما ذكرنا فى المضاربة التى فيها شركة على ما شرحنا .

(فصل) ومن شرط صحة المضاربة : تقدير نصيب العامل لانه يستحقه بالشرط فلم يقدر إلا به ، ولو قال خذ هذا المال مضاربة ولم يسم للعامل شيئا من الربح فالربح كله لرب المال والوضيعة عليه . وللعامل أجر مثله ، نص عليه أحمد ، وهو قول

الثورى والشافعى وإسحاق وأبى ثور وأصحاب الرأى ، وقال الحسن وابن سيرين والاوزاعى : الربح بينهما نصفين لانه لو قال : والربح بيننا لـكان بينهما نصفين ، فكذلك إذا لم يذكر شيئا .

ولنا أن المضارب انما يستحق بالشرط ولم يوجد : وقوله . مضاربة اقتضى أن له جزءا من الربح مجهولا ، فلم تصح المضاربة به كما لو قال ولك جزء من الربح فأما اذا قال . والربح بيننا ، فإن المضاربة تصح ويكون بينهما نصفين لانه أضافه اليهما اضافة واحدة لم يترجح فيها أحدهما على الاخر ، فاقتضى التسوية كما لو قال ، هذه الدار بينى وبينك ، وان قدر نصيب العامل فقال ولك ثلث الربح أو ربعه أو جزءا معلوما أى جزء كان ، فالباقى لرب المال لأنه يستحق الربح بماله لكونه نماؤه وفرعه ، والعامل يأخذ بالشرط ، فما شرط له استحقه ، وما بقى فلرب المال بحكم الاصل ، وان قدر نصيب رب المال مثل أن يقول . ولى ثلث الربح ولم يذكر نصيب العامل : ففيه وجهان .

أحدهما . لا يصح لأن العامل انما يستحق بالشرط ولم يشترط له شيء ، فتكون المضاربة فاسدة .

والثانى . يصح ويكون الباقى للعامل : وهذا قول أبى ثور وأصحاب الرأى ، لان الربح لهما لا يستحقه غيرهما فإذا قدر نصيب أحدهما منه فالباقى للآخر من مفهوم اللفظ ، كما علم ذلك من قوله تعالى (فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث) ولم يذكر نصيب الاب ، فعلم أن الباقى له ، ولانه لو قال . أوصيت بهذه المائة لزيد وعمرو : ونصيب زيد منها ثلاثون كان الباقى لعمرو كذا ههنا : وان قال . لى النصف ولك الثلث ، وسكت عن السدس صح ، وكان لرب المال ، لانه لو سكت عن جميع الباقى بعد جزء العامل كان لرب المال ، فكذلك اذا ذكر بعضه وترك بعضه ، وان قال . خذه مضاربة على الثلث أو النصف ، أو قال بالثلث . أو الربع صح ، وكان تقدير النصيب للعامل لان الشرط يراد لأجله ، فإن رب المال يستحق بماله لا بالشرط . والعامل يستحق بالعمل ، والعمل يكثر ويقل . وانما تتقدر حصته بالشرط فكان الشرط له . ومتى شرطا لأحدهما شيئا واختلفا فى الجزء المشروط لمن هو ؟ فهو للعامل قليلا كان أو كثيرا لذلك . وان قال . خذه مضاربة

ولك ثلث الربح وثلث ما بقي صح ، وكان له خمسة أتساع لأن هذا معناه ، وإن قال : لك ثلث الربح وربع ما بقي فله النصف ، وإن قال لك ربع الربح وربع ما بقي فله ثلاثة أثمان ونصف ثمن ، وسواء عرفا الحساب أو جهلاه لأن ذلك أجزاء معلومة مقدرة فأشبه ما لو شرط الخمسين ، ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كمذهبنا

فصل

وإن قال : خذه مضاربة ولك جزء من الربح أو شركة في الربح أو شيء من الربح أو نصيب أو حظ لم يصح لأنه مجهول ، ولا تصح المضاربة إلا على قدر معلوم ، وإن قال : خذه ولك مثل ما شرط لفلان وهما يعلمان ذلك صح لأنهما أشارا إلى معلوم عندهما ، وإن كانا لا يعلمانه أو لا يعلمه أحدهما فسدت المضاربه لأنه مجهول .

(فصل) وإن قال : خذ هذا المال فاتجر به وربحه كله لك كان قرضا لا قراضا لأن قوله : خذه فاتجر به يصلح لهما ، وقد قرن به حكم القرض فانصرف إليه ، وإن قال مع ذلك : ولا ضمان عليك ، فهذا قرض شرطه فيه نفي الضمان ، فلا ينتفي بشرطه ، كما لو صرح به فقال : خذ هذا قرضا ولا ضمان عليك ، وإن قال : خذه فاتجر به والربح كله لي كان إبضاعا لأنه قرن به حكم الإبضاع فانصرف اليه ، فإن قال مع ذلك : وعليك ضمانه لم يضمنه لأن العقد يقتضي كونه أمانة غير مضمونة ، فلا يزول ذلك بشرطه ، وإن قال : خذه مضاربة والربح كله لك أو كله لي : فهو عقد فاسد ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة . اذا قال والربح كله لي كان ابضاعا صحيحا لأنه أثبت له حكم الابضاع فانصرف اليه كالتي قبلها ، وقال مالك : يكون مضاربة صحيحة في الصورتين لأنهما دخلا في القراض ، فإذا شرط لأحدهما فكأنه وهب الآخر نصيبه فلم يمنع صحة العقد .

ولنا أن المضاربه تقتضي كون الربح بينهما ، فإذا شرط اختصاص أحدهما بالربح فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد ففسد ، كما لو شرط الربح كله في شركة العنان لأحدهما ، ويفارق ما اذا لم يكن مضاربة لأن اللفظ يصلح لما أثبت حكمه من الابضاع والقراض بخلاف ما اذا صرح بالمضاربة ، وما ذكره مالك لا يصح لان الهبة لا تصح قبل وجوب الموهوب .

(فصل) ويجوز أن يدفع مالا الى اثنين مضاربة فى عقد واحد ، فإن شرط لهما جزءا من الربح بينهما نصفين جاز ، وان قال . لكما كذا وكذا من الربح ولم يبين كيف هو ، كان بينهما نصفين لان اطلاق قوله بينهما يقتضى التسوية ، كما لو قال لعامله . والربح بيننا ، وان شرط لأحدهما ثلث الربح وللآخر ربعه وجعل الباقى له جاز ؛ وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى . وقال مالك لا يجوز لانهما شريكان فى العمل بأبدانهما ، فلا يجوز تفاضلهما فى الربح كشريكى الابدان .

ولنا أن عقد الواحد مع الاثنين عقدان ، فجاز أن يشترط فى أحدهما أكثر من الآخر كما لو انفرد ؛ ولانهما يستحقان بالعمل وهما يتفاضلان فيه ، فجاز تفاضلهما فى العوض كالاجيرين ، ولا نسلم وجوب التساوى فى شركة الابدان ، بل هى كمسألتنا فى جواز تفاضلهما ، ثم الفرق بينهما . أن ذلك عقد واحد ، وهذان عقدان

(فصل) وان قارض اثنان واحدا بألف لهما جاز ، واذا شرطا له ربحا متساويا منهما جاز ، وان شرط أحدهما له النصف والآخر الثلث جاز ، ويكون باقى ربح مال كل واحد منهما لصاحبه ، وان شرطا كون الباقى من الربح بينهما نصفين لم يجز ، وهذا مذهب الشافعى ، وكلام القاضى يقتضى جوازه ، وحكى ذلك عن أبى حنيفة وأبى ثور .

ولنا أن أحدهما يبقى له من ربح ماله النصف والآخر يبقى له الثلثان ، فإذا اشترطا التساوى فقد شرط أحدهما للآخر جزءا من ربح ماله بغير عمل فلم يجز ، كما لو شرط ربح ماله المنفرد

(فصل) واذا شرطا جزءا من الربح لغير العامل نظرت فان شرطاه لعبد أحدهما أو لعبديهما صح وكان ذلك مشروطا لسيده ، فاذا جعلا الربح بينهما وبين عبديهما أثلاثا كان لصاحب العبد الثلثان وللآخر الثلث ، وان شرطاه لأجنبى أو لولد أحدهما أو امرأته أو قريبه وشرطا عليه عملا مع العامل صح ، وكانا عاملين ، وان لم يشترطا عليه عملا لم تصح المضاربة ، وبهذا قال الشافعى . وحكى عن أصحاب الرأى أنه يصح والجزء المشروط له لرب المال سواء شرط لقريب

العامل أو لقريب رب المال : أو لأجنبي ، لان العامل لا يستحق الا ما شرط له ورب المال يستحق الربح بحكم الاصل ، والاجنبي لا يستحق شيئا ، لانه انما يستحق الربح بمال أو عمل ، وليس هذا واحدا منهما ، فما شرط لا يستحقه فيرجع الى رب المال كما لو ترك ذكره .

ولنا أنه شرط فاسد يعود الى الربح ففسد به العقد ، كما لو شرط دراهم معلومة وان قال : لك الثلثان على أن تعطى امرأتك نصفه فكذلك لانه شرط فى الربح شرطاً لا يلزم فكان فاسدا والحكم فى الشركة كالحكم فى المضاربة فيما ذكرناه .

(فصل) والحكم فى الشركة كالحكم فى المضاربة فى وجوب معرفة قدر ما لكل واحد منهما من الربح : الا أنهما اذا أطلقاها ولم يذكرا الربح كان بينهما على قدر المالين ، وفى شركة الوجوه : يكون على قدر ملكيهما فى المشترى لأن لهما أصلا يرجعان اليه ، ويتقدر الربح به ، بخلاف المضاربة ، فإنه لا يمكن تقدير الربح فيها بالمال والعمل ، لكون أحدهما من غير جنس الآخر ، فلا يعلم قدره منه ، وأما شركة الابدان فلا مال فيها يقدر الربح به ، فيحتمل أن يتقدر بالعمل ، لان عمل أحدهما من جنس عمل الاخر : فقد تساويا فى أصل العمل فيكون ذلك أصلا يرجع اليه ، ويحتمل ألا يتقدر به لأن العمل يقل ويكثر ويتفاضل ، ولا يوقف على مقداره ، بخلاف المال فيعتبر ذكر الربح والمعرفة به كما فى المضاربة ، والله أعلم .

« مسألة » قال (والوضيعة على قدر المال)

يعنى الخسران فى الشركة على كل واحد منهما بقدر ماله ، فإن كان مالهما متساويا فى القدر فالخسران بينهما نصفين : وان كان أثلاثا فالوضيعة أثلاثا ، لا نعلم فى هذا خلافا بين أهل العلم . وبه يقول أبو حنيفة والشافعى وغيرهما وفى شركة الوجوه تكون الوضيعة على قدر ملكيهما فى المشترى سواء كان الربح بينهما كذلك أو لم يكن وسواء كانت الوضيعة لتلف أو نقصان فى الثمن عما اشتريا به أو غير ذلك . والوضيعة فى المضاربة على المال خاصة ليس على العامل منها شىء لأن الوضيعة عبارة عن نقصان رأس المال وهو مختص بملك ربه لا شىء للعامل فيه .

فيكون نقصه من ماله دون غيره ، وإنما يشتركان فيما يحصل من النماء فأشبه المساقاة والمزارعة ، فإن رب الأرض والشجر يشارك العامل فيما يحدث من الزرع والثمر وإن تلف الشجر أو هلك شيء من الأرض بغرق أو غيره لم يكن على العامل شيء

« مسألة » قال ﴿ ولا يجوز أن يجعل لأحد من الشركاء فضل دراهم ﴾

وجملته : أنه متى جعل نصيب أحد الشركاء دراهم معلومة ، أو جعل مع نصيبه دراهم ، مثل أن يشترط لنفسه جزءاً وعشرة دراهم بطلت الشركة ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة . وممن حفظنا ذلك عنه : مالك والأوزاعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، والجواب فيما لو قال لك نصف الربح الا عشرة دراهم أو نصف الربح وعشرة دراهم كالجواب فيما إذا شرط دراهم مفردة . وإنما لم يصح ذلك لمعنيين

أحدهما : أنه اذا شرط دراهم معلومة احتمل أن لا يربح غيرها ، فيحصل على جميع الربح ، واحتمل أن لا يربحها فيأخذ من رأس المال جزءاً ، وقد يربح كثيراً فيستضر من شرطت له الدراهم .

والثاني : أن حصة العامل ينبغي أن تكون معلومة بالأجزاء لما تعذر كونها معلومة بالقدر ، فإذا جهلت الأجزاء فسدت كما لو جهل القدر فيما يشترط أن يكون معلوما به ، ولأن العامل متى شرط لنفسه دراهم معلومة ربما توانى في طلب الربح لعدم فائدته فيه وحصول نفعه لغيره ، بخلاف ما إذا كان له جزء من الربح .

﴿ فصل ﴾

وان دفع اليه ألفين مضاربة على أن كل واحد منهما ربح ألف ، أو على أن لأحدهما ربح أحد الثوبين ، أو ربح إحدى السفرتين ، أو ربح تجارته في شهر أو عام بعينه ونحو ذلك ، فسد الشرط والمضاربة ، لأنه قد يربح في ذلك المعين دون غيره ، وقد يربح في غيره دونه ، فيختص أحدهما بالربح ، وذلك يخالف موضوع الشركة ، ولا نعلم في هذا خلافا ، وان دفع اليه ألفا وقال : لك ربح نصفه لم يجز ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة وأبو ثور . يجوز ؛ لأن نصف ربحه هو ربح نصفه ، فجاز شرطه ، كما لو عبر عنه بعبارته الاخرى .

ولنا أنه شرط لأحدهما ربح بعض المال دون بعض ، وكذلك جعل الآخر ، فلم يجز ، كما لو قال : لك ربح هذه الخمسمائة ولأنه يمكن أن يفرد نصف المال فيربح فيه دون النصف الآخر ، بخلاف نصف الربح : فانه لا يؤدى إلى انفراده بربح شيء من المال .

« مسألة » قال (والمضارب إذا باع بنسيئة بغير أمر ضمن فى إحدى الروايتين والاخرى : لا يضمن)

وجملته : أن المضارب وغيره من الشركاء اذا نص له على التصرف فقال : نقداً أو نسيئة ، أو قال : بنقد البلد أو ذكر نقداً غيره جاز ، ولم تجز مخالفته ، لانه متصرف بالإذن فلا يتصرف فى غير ما أذن له فيه كالوكيل ، ولأن ذلك لا يمنع مقصود المضاربة ، وقد يطلب بذلك الفائدة فى العادة ، وان أطلق فلا خلاف فى جواز البيع حالا ، وفى البيع نسيئة روايتان .

احداهما : ليس له ذلك ، وهو قول مالك وابن أبى ليلى والشافعى ، لأنه نائب فى البيع ، فلم يجز له البيع نسيئة بغير اذن صريح فيه كالوكيل ، وذلك لأن النائب لا يجوز له التصرف الا على وجه الحظ والاحتياط ، وفى النسيئة تغرير بالمال . وقرينة الحال تقيد مطلق الكلام فيصير كأنه قال : بعه حالا .

والثانية : أنه يجوز له البيع نساء ، وهو قول أبى حنيفه واختيار ابن عقيل ، لان اذنه فى التجارة والمضاربة ينصرف الى التجارة المعتادة ، وهذا عادة التجار ، ولأنه يقصد به الربح والربح فى النساء أكثر ، ويفارق الوكالة المطلقة ، فانها لا تختص بقصد الربح ، وانما المقصود تحصيل الثمن فحسب ، فاذا أمكن تحصيله من غير خطر كان أولى ، ولان الوكالة المطلقة فى البيع تدل على أن حاجة الموكل الى الثمن ناجزة ، فلم يجز تأخيره ، بخلاف المضاربة ، وان قال له : اعمل برأيك فله البيع نساء ، وكذلك اذا قال له : تصرف كيف شئت ، وقال الشافعى : ليس له البيع نساء فى الموضعين ، لان فيه غرراً ، فلم يجز ، كما لو لم يقل له ذلك .

ولنا أنه داخل فى عموم لفظه ، وقرينة حاله تدل على رضائه برأيه فى صفات

البيع وفى أنواع التجارة ، وهذا منها ، فإذا قلنا : له البيع نساء فالبيع صحيح ، ومهما فات من الثمن لا يلزمه ضمانه ، الا أن يفرط ببيع من لا يوثق به أو من لا يعرفه فيلزمه ضمان الثمن الذى انكسر على المشترى .

وان قلنا : ليس له البيع نساء فالبيع باطل ، لانه فعل مالم يؤذن له فيه ، فأشبه البيع من الأجنبى ، الا على الرواية التى تقول : يقف بيع الأجنبى على الإجازة ، فههنا مثله ؛ ويحتمل قول الخرقى صحة البيع ، فإنه إنما ذكر الضمان ، ولم يذكر فساد البيع ، وعلى كل حال يلزم العامل الضمان ، لأن ذهاب الثمن حصل بتفريطه .

فإن قلنا : بفساد البيع ضمن المبيع بقيمته إذا تعذر عليه استرجاعه ، إما لتلف المبيع أو امتناع المشترى من رده اليه ، وان قلنا : بصحته احتمل أن يضمنه بقيمته أيضا ، لأنه لم يفت بالبيع أكثر منها ولا ينحفظ بتركه سواها ، وزيادة الثمن حصلت بتفريطه فلا يضمنها ، واحتمل أن يضمن الثمن ، لأنه وجب بالبيع وفات بتفريط البائع ، وان نقص عن القيمة فقد انتقل الوجوب اليه ، بدليل أنه لو حصل الثمن لم يضمن شيئاً .

(فصل)

وليس له السفر بالمال فى أحد الوجهين ، وهو مذهب الشافعى ؛ لأن فى السفر تغريراً بالمال وخطراً ، ولهذا يروى « أن المسافر وماله لعلى قلت الا ماوقى الله تعالى» أى هلاك . ولا يجوز له التغرير بالمال بغير إذن مالكه .

والوجه الثانى : له السفر به إذا لم يكن مخوفا ، قال القاضى : قياس المذهب جوازه ، بناء على السفر بالوديعة ، وهذا قول مالك ، ويحكى ذلك عن أبى حنيفة ، لأن الإذن المطلق ينصرف الى ما جرت به العادة والعادة جارية بالتجارة سفراً وحضراً ، ولأن المضاربة مشتقة من الضرب فى الأرض فملك ذلك بمطلقها ، وهذان الوجهان فى المطلق .

فأما ان أذن فى السفر أو نهى عنه أو وجدت قرينة دالة على أحد الأمرين تعين ذلك وثبت ما أمر به ، وحرم ما نهى عنه ، وليس له السفر فى موضع مخوف على الوجهين جميعاً ، وكذلك لو أذن له فى السفر مطلقاً لم يكن له السفر فى طريق مخوف ، ولا إلى بلد مخوف ، فإن فعل فهو ضامن لما يتلف ؛ لأنه متعد بفعل

ما ليس له فعله ، وإن سافر في طريق آمن جاز ونفقته في مال نفسه ، وبهذا قال ابن سيرين وحماد بن أبي سليمان ، وهو ظاهر مذهب الشافعي .

وقال الحسن والنخعي والأوزاعي ومالك وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي ينفق من المال بالمعروف إذا شخص به عن البلد ، لأن سفره لأجل المال ، فكانت نفقته منه كأجر الحمال .

ولنا أن نفقته تخصه فكانت عليه كنفقة الحضر وأجر الطبيب وثمن الطب ، ولأنه دخل على أنه يستحق من الربح الجزء المسمى ، فلا يكون له غيره ، ولأنه لو استحق النفقة أفضى الى أن يختص بالربح إذا لم يربح سوى ما أنفقه ، فأما ان اشترط له النفقة فله ذلك ؛ وله ما قدر له من مأكول وملبوس ومركوب وغيره قال أحمد في رواية الأثرم : أحب الى أن يشترط نفقه محدودة ، وان أطلق صح نص عليه ، وله نفقته من المأكول ولا كسوة له .

قال أحمد : إذا قال له نفقته فإنه ينفق ، قيل له فيكتسي قال لا ، انما له النفقة وان كان سفره طويلا يحتاج الى تجديد كسوة ، فظاهر كلام أحمد : جوازها ، لأنه قيل له : فلم يشترط الكسوة الا أنه في بلد بعيد وله مقام طويل يحتاج فيه الى كسوة؟ فقال اذا أذن له في النفقة فعل مالم يحمل على مال الرجل ولم يكن ذلك قصده ، هذا معناه .

وقال القاضي وأبو الخطاب . إذا شرط له النفقة فله جميع نفقته من مأكول أو ملبوس بالمعروف ، وقال أحمد : ينفق على معنى ما كان ينفق على نفسه غير متعد بالنفقة ولا مضر بالمال ؛ ولم يذهب أحمد الى تقدير النفقة ، لأن الأسعار تختلف ، وقد تقل وقد تكثر ، فإن اختلفا في قدر النفقة ، فقال أبو الخطاب : يرجع في القوت الى الإطعام في الكفارة ، وفي الكسوة إلى أقل ملبوس مثله ، فإن كان معه مال لنفسه مع مال المضاربة أو كان معه مضاربة أخرى أو بضاعة لآخر فالنفقة على قدر المالين ؛ لان النفقة انما كانت لأجل السفر والسفر للمالين فيجب أن تكون النفقة مقسومة على قدرهما الا أن يكون رب المال قد شرط له النفقة مع علمه بذلك ، ولو أذن له في السفر الى موضع معين أو غير معين ثم لقيه رب المال في السفر إما بذلك الموضع أو في غيره وقد نض المال ، فأخذ ماله

فطالبه العامل بنفقة الرجوع الى بلده لم يكن له ، لأنه إنما يستحق النفقة ما داما فى القراض وقد زال ، فزالت النفقة ، ولذلك لو مات لم يجب تكفينه ، وقد قيل له ذلك ، لأنه كان شرط له نفقة ذهابه ورجوعه وغيره بتسفيره الى الموضع الذى أذن له فيه معتقداً أنه مستحق للنفقه ذاهباً وراجعا ؛ فإذا قطع عنه النفقة تضرر بذلك

(فصـــل)

وحكم المضارب حكم الوكيل فى أنه ليس له أن يبيع بأقل من ثمن المثل ولا يشترى بأكثر منه مما لا يتغابن الناس بمثله ، فإن فعل فقد روى عن أحمد : أن البيع يصح ويضمن النقص ، لأن الضرر ينجبر بضمان النقص ، والقياس : أن البيع باطل ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه بيع لم يؤذن له فيه ، فأشبه بيع الأجنبى ، فعلى هذا إن تعذر رد المبيع ضمن النقص أيضا ، وان أمكن رده وجب رده إن كان باقيا أو قيمته ان كان تالفاً ، ولرب المال مطالبة من شاء من العامل أو المشترى ، فإن أخذ من المشترى قيمته رجع المشترى على العامل بالثمن ، وان رجع على العامل بقيمته رجع العامل على المشترى بها ورد عليه الثمن ، لأن التلف حصل فى يده .

وأما مايتغابن الناس بمثله فغير ممنوع منه ، لأنه لا يمكن التحرز منه ، وأما اذا اشترى بأكثر من ثمن المثل بعين المال فهو كالبيع ، وان اشترى فى الذمة لزم العامل دون رب المال ، إلا أن يجيزه ، فيكون له ، هذا ظاهر كلام الخرقى ، وقال القاضى ان أطلق الشراء ولم يذكر رب المـــال فكذلك ، وان صرح للبائع أنى اشتريته لفلان فالبيع باطل أيضا .

(فصل) وهل له أن يبيع ويشترى بغير نقد البلد ؟ على روايتين .

الأولى : جوازه إذا رأى المصلحة فيه والربح حاصل به ، كما يجوز أن يبيع عرضا بعرض ويشتريه به ، فإن قلنا . لايملك ذلك ففعله فحكمه حكم ما لو اشترى أو باع بغير ثمن المثل ، وان قال له : اعمل برأيك فله ذلك ، وهل له الزراعة ؟ يحتمل أن لا يملك ذلك ، لأن المضاربة لا يفهم من اطلاقها المزارعة ، وقد روى عن أحمد رحمه الله فيمن دفع الى رجل ألفا وقال اتجر فيها بما شئت فزرع زرعا فربح فيه ، فالمضاربة جائزة والربح بينهما ، قال القاضى : ظاهر هذا : أن قوله اتجر

بما شئت دخلت فيه المزارعة لأنها من الوجوه التي يبتغى بها النماء ، وعلى هذا لو نوى المال كله فى المزارعة لم يلزمه ضمانه .

(فصل) وله أن يشترى المعيب إذا رأى المصلحة فيه لأن المقصود الربح وقد يكون الربح فى المعيب فإن اشتراه يظنه سليما فبان معيبا فله فعل ما يرى المصلحة فيه من رده بالعيب أو إمساكه وأخذ أرش العيب فإن اختلف العامل ورب المال فى الرد فطالبه أحدهما وأباه الآخر فعل ما فيه النظر والحظ لأن المقصود تحصيل الحظ فيحتمل الأمر على ما فيه الحظ ، وأما الشريكان إذا اختلفا فى رد المعيب فلطالب الرد رد نصيبه وللآخر إمساك نصيبه ، إلا أن يكون البائع لم يعلم أن الشراء لهما جميعا ، فلا يلزمه قبول رد بعضه لأن ظاهر الحال أن العقد لمن وليه ، فلم يجز إدخال الضرر على البائع بتبعيض الصفقة عليه ، ولو أراد الذى ولى العقد رد بعض المبيع وإمساك البعض كان حكمه حكم ما لو أراد شريكه ذلك على ما فصلناه .

(فصل) وليس له أن يشترى من يعتق على رب المال بغير إذنه لأن عليه فيه ضرراً ، فإن اشتراه بإذن رب المال صح لأنه يجوز أن يشتريه بنفسه ، فإذا أذن لغيره فيه جاز ، ويعتق عليه وتنفسخ المضاربة فى قدر ثمنه لأنه قد تلف ، ويكون محسوبا على رب المال ، فإن كان ثمنه كل المال انفسخت المضاربة ، وإن كان فى المال ربح جعل العامل بحصته منه ، وإن كان بغير إذن رب المال احتمل أن لا يصح الشراء إذا كان الثمن عينا لأن العامل اشترى ما ليس له أن يشتريه فكان بمنزلة ما لو اشترى شيئا بأكثر من ثمنه ، ولأن الإذن فى المضاربة إنما ينصرف إلى ما يمكن بيعه والربح فيه فلا يتناول غير ذلك ، وإن كان اشتراه فى الذمة وقع الشراء للعاقد ، وليس له دفع الثمن من مال المضاربة ، وإن فعل ضمن ، وبهذا قال الشافعى وأكثر الفقهاء ، وقال القاضى : ظاهر كلام أحمد صحة الشراء لأنه مال متقوم قابل للعقود ، فصح شراؤه كما لو اشترى من نذر رب المال اعتاقه ، ويعتق على رب المال وتنفسخ المضاربة فيه ، ويلزم العامل ضمانه على ظاهر كلام أحمد ، علم بذلك أو جهل ، لأن مال المضاربة تلف بسببه ، ولا فرق فى الاتلاف الموجب للضمان بين العلم والجهل وفيما يضمنه وجهان .

أحدهما : قيمته لأن الملك ثبت فيه ثم تلف فأشبه ما لو أتلفه بفعله .

والثانى : الثمن الذى اشتراه به لأن التفريط منه حصل بالشراء وبذل الثمن فيما يتلف بالشراء فكان عليه ضمان ما فرط فيه ، ومتى ظهر فى المال ربح فللعامل حصته منه ، وقال أبو بكر : ان لم يكن العامل عالما بأنه يعتق على رب المال لم يضمن لأن التلف حصل لمعنى فى المبيع لم يعلم به المشترى فلم يضمن كما لو اشترى معيبا لم يعلم بعيبه فتلف به . قال : ويتوجه أن لا يضمن وان علم

(فصل) وان اشترى امرأة رب المال صح الشراء وانفسخ النكاح ، فإن كان قبل الدخول فهل يلزم الزوج نصف الصداق ؟ فيه وجهان ، ذكرناهما فى غير هذا الموضع ، فإن قلنا : يلزمه رجع به على العامل لأنه سبب تقريره عليه فرجع عليه كما لو أفسدت امرأة نكاحه بالرضاع ، وان اشترى زوج ربة المال صح الشراء وانفسخ النكاح لانها ملكت زوجها ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعى : لا يصح الشراء اذا كان بغير اذنها لأن الاذن انما يتناول شراء مالها فيه حظ ؛ وشراء زوجها يضر بها لانه يفسخ نكاحها ويضر بها ، ويسقط حقها من النفقة والكسوة فلم يصح كشراء ابنها .

ولنا أنه اشترى ما يمكن طلب الربح فيه ؛ فجاز كما لو اشترى أجنبيا ، ولاضمان على العامل فيما يفوت من المهر وسقط من النفقة لان ذلك لا يعود الى المضاربة ، وانما هو بسبب آخر ، ولا فرق بين شرائه فى الذمة أو بعين المال .

(فصل) وان اشترى المأذون له من يعتق على رب المال باذنه صح وعتق ؛ فان كان على المأذون له دين يستغرق قيمته وما فى يده وقلنا : يتعلق الدين برقبته فعليه دفع قيمة العبد الذى عتق الى الغرماء لانه الذى أتلف عليهم بالعتق ، وان نهاه عن الشراء فالشراء باطل لانه يملكه بالاذن وقد زال بالنهى ، وان أطلق الاذن ، فقال أبو الخطاب : يصح شراؤه لان من صح أن يشتريه السيد صح شراء المأذون له كالاجنبى ، وهذا قول أبى حنيفة اذا أذن له فى التجارة ولم يدفع اليه مالا ، وقال القاضى : لا يصح ، لان فيه اتلافا على السيد فان اذنه يتناول ما فيه حظ ، فلا يدخل فيه الاتلاف ، وفارق عامل المضاربة لانه يضمن القيمة فيزول الضرر ،

وللشافعي قولان كالوجهين ، وان اشترى امرأة رب المال أو زوج ربة المال فهل يصح ؟ على وجهين أيضا ، كشراء من يعتق بالشراء .

(فصل وان اشترى المضارب من يعتق عليه صح الشراء فان لم يكن ظهر في المال ربح لم يعتق منه شيء ، وان ظهر فيه ربح ففيه وجهان مبنيان على العامل متى يملك الربح ؟ فان قلنا : يملكه بالقسمة لم يعتق منه شيء لانه ما ملكه . وان قلنا : يملكه بالظهور ففيه وجهان

أحدهما : لا يعتق ، وهو قول أبي بكر لأنه لم يتم ملكه عليه لان الربح وقاية لرأس المال فلم يعتق لذلك .

والثاني : يعتق بقدر حصته من الربح ، ان كان معسراً ، ويقوم عليه باقيه ان كان موسرا ، لانه ملكه بفعله فيعتق عليه كما لو اشتراه بماله ، وهذا قول القاضي ومذهب أصحاب أبي حنيفة ، لكن عندهم يستسعى في بقيته ان كان معسرا .

ولنا رواية كقولهم وان اشتراه ولم يظهر ربح ثم ظهر بعد ذلك والعبد باق في التجارة فهو كما لو كان الربح ظاهرا وقت الشراء ، وقال الشافعي ، ان اشتراه بعد ظهور الربح لم يصح في أحد الوجهين ، لانه يؤدي الى أن ينجز العامل حقه قبل رب المال .

ولنا أنهما شريكان فصح شراء كل واحد منهما من يعتق عليه كشريكي العنان

(فصل)

وليس له أن يشتري بأكثر من رأس المال ، لأن الاذن ما تناول أكثر منه فان كان رأس المال ألفا فاشترى عبدا بألف ثم اشترى عبدا آخر بعين الالف فالشراء فاسد لانه اشتراه بمال يستحق تسليمه في البيع الاول وان اشتراه في ذمته صح الشراء والعبد له لانه اشترى في ذمته لغيره ما لم يأذن له في شرائه فوقع له . وهل يقف على اجازة رب المال ؟ على روايتين . ومذهب الشافعي كنحو ما ذكرنا .

(فصل) وليس للمضارب وطء أمة من المضاربة سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر فان فعل فعليه المهر والتعزير ، وان علقت منه ولم يظهر في المال ربح فولده رقيق لانها علقت منه في غير ملك ولا شبهة ملك ، ولا تصير أم ولد له

كذلك . وإن ظهر فى المال ربح فالولد حر وتصير أم ولد له ، وعليه قيمتها ونحو هذا قال سفيان وإسحاق ، وقال القاضى : إن لم يظهر ربح فعليه الحد لأنه وطىء فى غير ملك ولا شبهة ملك ، والمنصوص عن أحمد : أن عليه التعزير ، لأن ظهور الربح ينبنى على التقويم ، والتقويم غير متحقق ، لأنه يحتمل أن السلع تساوى أكثر مما قومت به ، فيكون ذلك شبهة فى درء الحد لأنه يدرأ بالشبهات .

(فصــــل)

وليس لرب المـال وطء الأمة أيضاً : لأنه ينقصها إن كانت بكراً ويعرضها للخروج من المضاربة والتلف : فإن فعل فلا حد عليه ، لأنها مملوكته ، وإن علقت منه صارت أم ولده وولده حر كذلك وتخرج من المضاربة وتحسب قيمتها ويضاف إليها بقية المـال ، فإن كان فيه ربح فللعامل حصته منه .

(فصــــل) وإذا أذن رب المـال للمضارب فى الشراء من مال المضاربة فاشترى جارية ليتسرى بها خرج ثمنها من المضاربه وصار قرضا فى ذمته : لأن استباحة البضع لا تحصل الا بملك لقول الله تعالى (الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) .

(فصل) وليس لواحد منهما تزويج الامة ، لانه ينقصها ولا مكاتبة العبد لذلك فإن اتفقا على ذلك جاز ، لان الحق لهما لا يخرج عنهما .

(فصل) وليس للمضارب دفع المال الى آخر مضاربة ، نص عليه أحمد فى رواية الاثرم وحرب وعبدالله قال : ان أذن له رب المال والا فلا ، وخرج القاضى وجها فى جواز ذلك بناء على توكيل الوكيل من غير اذن الموكل ، ولا يصح هذا التخريج وقياسه على الوكيل ممتنع لوجهين .

أحدهما . أنه انما دفع اليه المـال ههنا ليضارب به وبدفعه الى غيره مضاربة يخرج عن كونه مضاربا به بخلاف الوكيل .

الثانى : أن هذا يوجب فى المـال حقا لغيره ، ولا يجوز ايجاب حق فى مال انسان بغير اذنه ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ، ولا أعرف عن غيرهم خلافهم فإن فعل فلم يتلف المال ولا ظهر فيه ربح رده الى مالكه ولا شىء له ولا عليه ، وان تلف أو ربح فيه فقال الشريف أبو جعفر : هو فى الضمان والتصرف

كالغاصب ولرب المال مطالبة من شاء منهما برد المال ان كان باقيا ، وبرد بدله ان كان تالفا أو تعذر رده فإن طالب الاول وضمنه قيمة التالف ولم يكن الثانى علم بالحال لم يرجع عليه بشىء لانه دفعه اليه على وجه الامانة وان علم بالحال رجع عليه لانه قبض مال غيره على سبيل العدوان وتلف تحت يده فاستقر ضمانه عليه وان ضمن الثانى مع علمه بالحال لم يرجع على الاول ، وان لم يعلم فهل يرجع على الاول ؟ على وجهين

أحدهما : يرجع عليه لانه غره فأشبه ما لو غره بحرية أمة

والثانى : لا يرجع لان التلف كان فى يده فاستقر الضمان عليه ، وان ربح فى المال فالربح لمالكه ولا شىء للمضارب الاول لانه لم يوجد منه مال ولا عمل ، وهل للثانى أجر مثله ؟ على روايتين

احداهما : له ذلك لانه عمل فى مال غيره بعوض لم يسلم له ، فكان له أجر مثله كالمضاربه الفاسدة

والثانية : لا شىء له لانه عمل فى مال غيره بغير اذنه فلم يستحق لذلك عوضا كالغاصب وفارق المضاربة لأنه عمل فى ماله باذنه ، وسواء اشترى بعين المال أو فى الذمة ، ويحتمل أنه اذا اشترى فى الذمه يكون الربح له لانه ربح فيما اشتراه فى ذمته مما لم يقع فى الشراء فيه لغيره فأشبه ما لو لم ينقد الثمن من مال رب المال ، قال الشريف أبو جعفر : هذا قول أكثرهم ، يعنى قول مالك والشافعى وأبى حنيفه ، ويحتمل أنه ان كان عالما بالحال فلا شىء للعامل كالغاصب ، وان جهل الحال فله أجر مثله يرجع به على المضارب الاول لانه غره واستعمله بعوض لم يحصل له ، فوجب أجره عليه ، كما لو استعمله فى مال نفسه ، وقال القاضى . ان اشترى بعين المال فالشراء باطل ، وان كان اشترى فى الذمه ثم نقد المال ، وكان قد شرط رب المال للمضارب النصف ، فدفعه المضارب الى آخر على أن يكون لرب المال النصف ، والنصف الآخر بينهما ، فهو على ما اتفقوا عليه ، لان رب المال رضى بنصف الربح فلا يدفع اليه أكثر منه ، والعاملان على ما اتفقا عليه ، وهذا قول قديم للشافعى ، وليس هذا موافقا لأصول المذهب ، ولا لنص أحمد ،

فان أحمد قال : لا يطيب الربح للمضارب ، ولأن المضارب الأول ليس له عمل ولا مال ، ولا يستحق الربح فى المضاربة إلا بواحد منهما ، والعامل الثانى عمل فى مال غيره بغير إذنه ولا شرطه فلم يستحق ما شرطه له غيره ، كما لو دفعه اليه الغاصب مضاربة ، ولأنه اذا لم يستحق ما شرطه له رب المال فى المضاربة الفاسدة ، فما شرطه له غيره بغير اذنه أولى .

(فصــل)

وان أذن رب المـال فى دفع المـال مضاربة جاز ذلك ، نص عليه أحمد ، ولا نعلم فيه خلافا ، ويكون العامل الأول وكيلا لرب المال فى ذلك ، فاذا دفعه الى آخر ولم يشرط لنفسه شيئا من الربح كان صحيحا ، وان شرط لنفسه شيئا من الربح لم يصح لأنه ليس من جهته مال ولا عمل ، والربح انما يستحق بواحد منهما ، وان قال : اعمل برأيك أو بما أراك الله ، جاز له دفعه مضاربة ، نص عليه ، لأنه قد يرى أن يدفعه الى أبصر منه ، ويحتمل أن لا يجوز له ذلك ، لأن قوله . اعمل برأيك يعنى فى كيفية المضاربة والبيع والشراء وأنواع التجارة وهذا يخرج به عن المضاربة فلا يتناوله اذنه .

(فصل) وليس له أن يخلط مال المضاربة بماله ، فان فعل ولم يتميز ضمنه لأنه أمانة فهو كالوديعة ، فان قال له ، اعمل برأيك جاز له ذلك ، وهو قول مالك والثورى وأصحاب الرأى ، وقال الشافعى : ليس له ذلك وعليه الضمان ان فعله ؛ لأن ذلك ليس من التجارة .

ولنا أنه قد يرى الخلط أصلح له . فيدخل فى قوله . اعمل برأيك . وهكذا القول فى المشاركة به ليس له فعلها . الا أن يقول : اعمل برأيك فيملكها .

(فصل) وليس له أن يشترى خمراً ولا خنزيراً . سواء كانا مسلمين أو كان أحدهما مسلما والآخر ذميا . فان فعل فعليه الضمان . وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفه : ان كان العامل ذميا صح شراؤه للخمر وبيعه اياها . لان الملك عنده ينتقل الى الوكيل وحقوق العقد تتعلق به ، وقال أبو يوسف ومحمد ، يصح شراؤه اياها ، لان الملك فيها ينتقل الى الوكيل . ولا يصح بيعه . لانه يبيع ما ليس بملك له ولا لموكله .

ولنا أنه إن كان العامل مسلما فقد اشترى خمراً ، ولا يصح أن يشترى خمراً ولا يبيعه : وان كان ذميا فقد اشترى للمسلم مالا يصح أن يملكه ابتداء ، فلا يصح ، كما لو اشترى الخنزير ، ولأن الخمر محرمة فلا يصح شراؤها له كالخنزير والميتة ، لأن مالا يجوز بيعه لايجوز شراؤه كالميتة والدم ، وكل ما جاز فى الشركة جاز فى المضاربة ، وما جاز فى المضاربة جاز فى الشركة ، وما منع منه فى أحدهما منع منه فى الآخرى ، لأن المضاربة شركة ومبنى كل واحدة منهما على الوكالة والأمانة

« مسألة » قال (وإذا ضارب لرجل لم يجز أن يضارب لآخر ، إذا كان فيه ضرر على الأول . فإن فعل وربح رده فى شركة الأول)

وجملة ذلك : أنه إذا أخذ من إنسان مضاربة ثم أراد أخذ مضاربة أخرى من آخر فأذن له الأول جاز ، وان لم يأذن له ولم يكن عليه ضرر جاز أيضا ، بغير خلاف ، وان كان فيه ضرر على رب المال الأول ولم يأذن : مثل أن يكون المال الثانى كثيراً يحتاج الى أن يقطع زمانه ويشغله عن التجارة فى الأول ويكون المال الأول كثيراً متى اشتغل عنه بغيره انقطع عن بعض تصرفاته ، لم يجز له ذلك وقال أكثر الفقهاء : يجوز ، لانه عقد لايملك به منافعه كلها ، فلم يمنع من المضاربة كما لو لم يكن فيه ضرر ، وكالأجير المشترك .

ولنا أن المضاربة على الحظ والنماء ، فإذا فعل ما يمنعه لم يكن له ، كما لو أراد التصرف بالعين ، وفارق مالا ضرر فيه ، فعلى هذا إذا فعل وربح رد الربح فى شركة الاول ويقتسمانه ، لينظر ماربح فى المضاربة الثانية ، فيدفع الى رب المال منها نصيبه ويأخذ المضارب نصيبه من الربح فيضمه الى ربح المضاربة الأولى ويقاسمه لرب المضاربة الاولى ، لانه استحق حصته من الربح بالمنفعة التى استحقت بالعقد الاول فكان بينهما كربح المال الأول .

فأما حصة رب المال الثانى من الربح فتدفع اليه ، لان العدوان من المضارب لا يسقط حق رب المال الثانى ، ولانا لو رددنا ربح الثانى كله فى الشركة الاولى لاختص الضرر برب المال الثانى ، فلم يلحق المضارب شىء من الضرر والعدوان منه بل ربما انتفع إذا كان قد شرط الاول النصف والثانى الثلث ، ولانه لايخلو اما ان

يحكم بفساد المضاربة الثانيه أو بصحتها ، فان كانت فاسدة فالربح كله لرب المال ، وللمضارب أجر مثله ، وان حكمنا بصحتها وجب صرف حصة رب المال اليه بمقتضى العقد وموجب الشرط ، والنظر يقتضى أن لا يستحق رب المضاربة الاولى من رب الثانية شيئا ، لأنه إنما يستحق بمال أو عمل ، وليس له فى المضاربة الثانية مال ولا عمل ، وتعدى المضارب انما كان بترك العمل واشتغاله عن المال الأول وهذا لا يوجب عوضا كما لو اشتغل بالعمل فى مال نفسه أو آجر نفسه أو ترك التجارة للعب أو اشتغال بعلم أو غير ذلك ، ولو أوجب عوضا لاوجب شيئا مقدراً لا يختلف ولا يتقدر بربحه فى الثانى ، والله أعلم .

(فصل)

وان دفع اليه مضاربة واشترط النفقة فكلمه رجل فى أن يأخذ له بضاعة أو مضاربة ولاضرر فيها ، فقال أحمد : اذا اشترط النفقة صار أجيراً له فلا يأخذ من أحد بضاعة ، فانها تشغله عن المال الذى يضارب به ، قيل : فان كانت لاتشغله فقال : مايعجبنى أن يكون الا باذن صاحب المضاربة ، فانه لابد من شغل ، وهذا والله أعلم على سبيل الاستحباب ، وان فعل فلا شيء عليه : لأنه لا ضرر على رب المضاربة فيه .

(فصل) وإن أخذ من رجل مضاربة ، ثم أخذ من آخر بضاعة أو عمل فى مال نفسه أو اتجر فيه فربحه فى مال البضاعة لصاحبها وفى مال نفسه لنفسه .

(فصل) إذا أخذ من رجل مائة قراضا ، ثم أخذ من آخر مثلها واشترى بكل مائة عبداً فاختلط العبدان ولم يتميزا ، فانهما يصطلحان عليهما ، كما لو كانت لرجل حنطة فانثالت عليه أخرى : وذكر القاضى فى ذلك وجهين .

أحدهما : يكونان شريكين فيهما كما لو اشتركا فى عقدالبيع فيباعان ويقسم بينهما فان كان فيهما ربح دفع الى العامل حصته والباقى بينهما نصفين .

والثانى : يكونان للعامل ، وعليه أداء رأس المال ، والربح له والخسران عليه وللشافعى قولان كالوجهين ، والأول أولى ، لأن ملك كل واحد منهما ثابت فى أحد العبدين ، فلا يزول بالاشتباه عن جميعه ولا عن بعضه بغير رضاه ، كما لو لم يكونا فى يد المضارب ، ولأننا لو جعلناهما للمضارب أدى الى أن يكون تفريطه

سببا لانفراده بالربح وحرمان المتعدى عليه ، وعكس ذلك أولى ، وان جعلناهما شريكين أدى الى أن يأخذ أحـــدهما ربح مال الآخر بغير رضاه ، وليس له فيه مال ولا عمل .

(فصل) اذا تعدى المضارب وفعل ما ليس له فعله ، أو اشترى شيئا نهى عن شرائه ، فهو ضامن للمال فى قول أكثر أهل العلم ، روى ذلك عن أبى هريرة وحكيم بن حزام وأبى قلابه ونافع واياس والشعبى والنخعى والحكم وحماد ومالك والشافعى واسحاق وأصحاب الرأى ، وعن على رضى الله عنه : لا ضمان على من شورك فى الربح ، وروى معنى ذلك عن الحسن والزهرى .

ولنا أنه متصرف فى مال غيره بغير اذنه فلزمه الضمان كالغاصب ، ولا نقول بمشاركته فى الربح فلا يتناوله قول على رضى الله عنه ، ومتى اشترى مالم يؤذن فيه فربح فيه فالربح لرب المال ، نص عليه أحمد ، وبه قال أبو قلابه ونافع ، وعن أحمد : أنهما يتصدقان بالربح ، وبه قال الشعبى والنخعى والحكم وحماد .

قال القاضى : قول أحمد : يتصدقان بالربح ، على سبيل الورع ، وهو لرب المال فى القضاء وهذا قول الاوزاعى : وقال اياس بن معاوية ومالك : الربح على ما شرطاه ، لأنه نوع تعد ، فلا يمنع كون الربح بينهما على ما شرطاه كما لو لبس الثوب وركب دابة ليس له ركوبها .

وقال القاضى : اذا اشترى فى الذمة ثم نقد المال فالربح لرب المال ، وان اشترى بعين المال فالشراء باطل فى احدى الروايتين ، والأخرى هو موقوف على اجازة المالك ، فإن أجازه صح والا بطل ، والمذهب الأول نص عليه أحمد فى رواية الاثرم ، وقال أبو بكر : لم يرو أنه يتصدق بالربح الا حنبل .

واحتج أحمد بحديث عروة البارق ، وهو ما روى أبو لبيد عن عروة بن الجعد قال «عرض للنبى صلى الله عليه وسلم جلب فأعطانى دينارآ ، فقال : عروة ائت الجلب ، فاشتر لنا شاة ، فأتيت الجلب فساومت صاحبه ، فاشتريت شاتين بدينار ، فجئت أسوقهما أو أقودهما ، فلقينى رجل بالطريق فساومنى فبعت منهما شاة بالدينار ، فجئت بالدينار وبالشاة ، فقلت : يارسول الله . هذا ديناركم ، وهذه شاتكم قال : وكيف صنعت ؟ فحدثته الحديث . فقال : اللهم بارك له فى صفقة يمينه ،

رواه الاثرم ، ولانه نماء مال غيره بغير إذن مالكه فكان لمالكه ، كما لو غصب حنطة فزرعها ، فأما المضارب ففيه روايتان .

إحداهما : لا شيء له ، لانه عقد عقدا لم يؤذن له فيه فلم يكن له شيء كالغاصب وهذا اختيار أبي بكر .

والثانية : له أجر . لان رب المال رضي بالبيع وأخذ الربح ، فاستحق العامل عوضاً كما لو عقده بإذن ، وفي قدر الاجر روايتان .

إحداهما : أجر مثله ما لم يحط بالربح لانه عمل ما يستحق به العوض ولم يسلم له المسمى فكان له أجر مثله كالمضاربة الفاسدة .

والثانية : له الاقل من المسمى أو أجر المثل لانه ان كان الاقل المسمى فقد رضي به ، فلم يستحق أكثر منه وإن كان الاقل أجر المثل لم يستحق أكثر منه ، لانه لم يعمل ما رضي به ، وإن قصد الشراء لنفسه فلا أجر له رواية واحدة ، وقال القاضي وأبو الخطاب إن اشترى في ذمته ثم نقد المال فلا أجر له ، رواية واحدة ، وإن اشترى بعين المال فعلى روايتين .

(فصل) وعلى العامل أن يتولى بنفسه كل ما جرت العادة أن يتولاه المضارب بنفسه . من نشر الثوب وطيه وعرضه على المشتري ومساومته وعقد البيع معه وأخذ الثمن وانتقاده وشد الكيس وختمه وإحرازه في الصندوق ونحو ذلك ، ولا أجر له عليه لانه مستحق للربح في مقابلته فإن استأجر من يفعل ذلك فالاجر عليه خاصة لان العمل عليه ، فأما مالا يليه العامل في العادة مثل النداء على المتاع ونقله إلى الخان فليس على العامل عمله ، وله أن يكتري من يعمله ، نص عليه أحمد ، لان العمل في المضاربة غير مشروط لمشقة اشتراطه فرجع فيه إلى العرف فإن فعل العامل ما لا يلزمه فعله متبرعا فلا أجر له ، وإن فعله ليأخذ عليه أجراً فلا شيء له أيضا في المنصوص عن أحمد ، وخرج أصحابنا وجها . أن له الاجر بناء على الشريك إذا انفرد بعمل لا يلزمه ، هل له أجر لذلك ؟ على روايتين ، وهذا مثله ، والصحيح : أنه لا شيء له في الموضعين لانه عمل في مال غيره عملا لم يجعل له في مقابلته شيء فلم يستحق شيئا كالاجنبي .

فصـــل

وإذا سرق مال المضاربة أو غصب فعلى المضارب طلبه والمخاصمة فيه فى أحد الوجهين ، وفى الآخر : ليس عليه ذلك لان المضاربة عقد على التجارة ، فلا تدخل فيه الخصومة ، والاول أولى لانه يقتضى حفظ المال ولا يتم ذلك إلا بالخصومة والمطالبة ، سيما إذا كان غائبا عن رب المال إما لسفر المضارب أو رب المال فإنه لا يطالب له إلا المضارب فإن تركه ضاع ، فعلى هذا إن ترك الخصومة والطلب به فى هذه الحال غرمه لانه ضيعه وفرط فيه ، وان كان رب المال حاضرا وعلم الحال لم يلزم العامل طلبه ولا يضمنه اذا تركه لان رب المال أولى بذلك من وكيله .

(فصل) واذا اشترى للمضاربه عبداً فقتله عبد لغيره ولم يكن ظهر فى المال ربح فالامر الى رب المال ، ان شاء اقتص وان شاء عفا على غير مال ، وتبطل المضاربة فيه لذهاب رأس المال ، وإن شاء عفا على مال فإن عفا على مال مثل رأس المال أو أقل أو أكثر فالمضاربة بحالها : والربح بينهما على شرطهما لانه وجد بدل عن رأس المال : فهو كما لو وجد بدله بالبيع ، وان كان فى العبد ربح فالقصاص اليهما والمصالحة كذلك لكونهما شريكين فيه ، والحكم فى انفساخ المضاربة وبقائها على ما تقدم .

« مسألة » قال (وليس للمضارب ربح حتى يستوفى رأس المال)

يعنى أنه لا يستحق أخذ شيء من الربح حتى يسلم رأس المال الى ربه ، ومتى كان فى المال خسران وربح جبرت الوضيعة من الربح ، سواء كان الخسران والربح فى مرة واحدة ، أو الخسران فى صفقة والربح فى أخرى ، أو أحدهما فى سفرة والآخر فى أخرى لان معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال ، وما لم يفضل فليس بربح ، ولا نعلم فى هذا خلافا : وأما ملك العامل لنصيبه من الربح بمجرد الظهور قبل القسمة فظاهر المذهب أنه يثبت هذا الذى ذكره القاضى مذهباً ، وبه قال أبو حنيفة ؛ وحكى أبو الخطاب روايه أخرى . أنه لا يملكه الا بالقسمه وهو مذهب مالك ، وللشافعى قولان كالمذهبين ، واحتج من لم يملكه بانه لو ملكه لاختص بربحه ، ولوجب أن يكون شريكا لرب المال كشريكى العنان .

ولنا أن الشرط صحيح . فيثبت مقتضاه ، وهو أن يكون له جزء من الربح ، فإذا وجد يجب أن يملكه بحكم الشرط كما يملك المساقى حصته من الثمرة لظهورها . وقياسا على كل شرط صحيح فى عقد ، ولأن هذا الربح مملوك فلا بد له من مالك ، ورب المال لا يملكه اتفاقا ، ولا تثبت أحكام الملك فى حقه فلزم أن يكون للمضارب : ولانه يملك المطالبة بالقسمه ، فكان مالكا كأحد شريكى العنان ولا يمنع أن يملكه ويكون وقاية لرأس المال كنصيب رب المال من الربح ، وبهذا امتنع اختصاصه بربحه ، ولانه لو اختص بربح نصيبه لا استحق من الربح أكثر مما شرط له لا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه ، ثم قال أحمد . إذا وطىء المضارب جارية من المضاربه فان لم يكن ظهر فى المال ربح لم تكن أم ولده ، وإن ظهر فيه ربح فهى أم ولده ، وهذا يدل على أنه يملك الربح بالظهور .

(فصل) وإذا دفع إلى رجل مائة مضاربه فخسر عشرة ثم أخذ رب المال منها عشرة فان الخسران لا ينقص به رأس المال لانه قد يربح فيجبر الخسران ، لكنه ينقص بما أخذه رب المال ، وهى العشرة وقسطها من الخسران وهو درهم وتسع درهم : ويبقى رأس المال ثمانين وثمانية دراهم وثمانيه أتساع درهم وإن كان أخذ نصف التسعين الباقيه بقى رأس المال خمسين : لانه أخذ نصف المال فسقط نصف الخسران ، وإن كان أخذ خمسين بقى أربعة وأربعون وأربعه أتساع ، وكذلك إذا ربح المال ثم أخذ رب المال بعضه كان ما أخذه من الربح ورأس المال فلو كان رأس المال مائة فربح عشرين فأخذها رب المال لبقى رأس المال ثلاثة وثمانين وثلثا لانه أخذ سدس المال فنقص رأس المال سدسه وهو ستة عشر وثلثان وحظها من الربح ثلاثة وثلث : ولو كان أخذ ستين بقى رأس المال خمسين ، لانه أخذ نصف المال فبقى نصف المال ، وان أخذ خمسين بقى ثمانية وخمسين وثلثا لانه أخذ ربع المال وسدسه فبقى ثلثه وربعه وهو ما ذكرنا ، وان أخذ منه ستين ثم خسر فى الباقى فصار أربعين فردها كان له على رب المال خمسة . لان ما أخذه رب المال انفسخت فيه المضاربه ، فلا يجبر بربحه خسران ما بقى فى يده لمفارقته اياه ، وقد أخذ من الربح عشرة ، لان سدس ما أخذه ربح فكانت العشرة بينهما ،

وإن لم يرد الأربعين كلها بل رد منها إلى رب المال عشرين بقي رأس المال خمسة وعشرين .

(فصل) إذا اشترى رب المال من مال المضاربة شيئاً لنفسه لم يصح في إحدى الروايتين ، وهو قول الشافعي ، ويصح في الأخرى ، وبه قال مالك والأوزاعي وأبو حنيفة . لأنه قد تعلق حق المضارب به فجاز له شراؤه ، وكما لو اشترى من مكاتبه أو من عبده المأذون الذي عليه دين .

ولنا أنه ملكه فلم يصح شراؤه له ، كشرائه من وكيله وعبده المأذون الذي لا دين عليه ، وفارق المكاتب فإن السيد لا يملك ما في يده ، ولهذا لا يزكيه ، وله أخذ ما فيه شفعة بها ، فأما المأذون له فلا يصح شراء سيده منه بحال ، ويحتمل أن يصح إذا استغرقته الديون لأن الغرماء يأخذون ما في يده ، والصحيح الأول لأن ملك السيد لم يزل عنه وإن استحق أخذه كمال المفلس .

(فصل) وإن اشترى المضارب لنفسه من مال المضاربة ولم يظهر في المال ربح صح ، نص عليه أحمد ، وبه قال مالك والثوري والأوزاعي وإسحاق ، وحكى ذلك عن أبي حنيفة ، وقال أبو ثور : البيع باطل لأنه شريك .

ولنا أنه ملك لغيره فصح شراؤه له كما لو اشترى الوكيل من موكله وإنما يكون شريكا إذا ظهر ربح لأنه إنما يشارك رب المال في الربح لا في أصل المال ومتى ظهر في المال ربح كان شراؤه كشراء أحد الشريكين على ما سنذكره .

فصل

وإن اشترى أحد الشريكين من مال الشركة شيئاً بطل في قدر حقه لأنه ملكه ، وهل يصح في حصة شريكه ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة ، وتتخرج الصحة في الجميع بناء على أن لرب المال أن يشتري من مال المضاربة لنفسه ، وإن اشترى أحد الشريكين حصة شريكه منه جاز ، لأنه يشتري ملك غيره ، وقال أحمد في الشريكين في الطعام يريد أحدهما بيع حصته من صاحبه ، إن لم يكونا يعلمان كيله فلا بأس ، وإن علما كيله فلا بد من كيله ، يعني أن من علم مبلغ شيء لم يبعه صبرة وإن باعه إياه بالكيل والوزن جاز .

(فصل) ولو استأجر أحد الشريكين من صاحبه داراً ليحرز فيها مال الشركة أو غرائر جاز ، نص عليه أحمد فى رواية صالح ، وإن استأجره لنقل الطعام أو غلامه أو دابته ففيه روايتان .

احداهما : الجواز . لأن ما جاز أن يستأجر له غير الحيوان جاز أن يستأجر له الحيوان كمال الأجنبي .

والأخرى : لا يجوز . لأن هذا لا تجب الأجرة فيه إلا بالعمل ، ولا يمكن إيفاء العمل فى المشترك . لأن نصيب المستأجر غير متميز من نصيب المؤجر ، فإذاً لا تجب الأجرة ، والدار والغرائر لا يعتبر فيها ايقاع العمل انما تجب بوضع العين فى الدار فيمكن تسليم المعقود عليه .

« مسألة » قال (واذا اشترى سلعتين فربح فى احداهما وخسر فى الأخرى جبرت الوضيعة من الربح)

وجملته : أنه اذا دفع الى المضارب ألفين فاشترى بكل ألف عبداً فربح فى أحدهما وخسر فى الآخر أو تلف وجب جبر الخسران من الربح ، ولا يستحق المضارب شيئاً الا بعد كمال الألفين ، وبهذا قال الشافعى الا فيما اذا تلف أحد العبدين فإن أصحابه ذكروا فيه وجها ثانيا أن التالف من رأس المال . لانه بدل أحد الالفين ، ولو تلف أحد الالفين كان رأس المال ، فكذلك بدله .

ولنا أنه تلف بعد أن دار فى القراض وتصرف فى المال بالتجارة فكان تلفه من الربح ، كما لو كان رأس المال ديناراً واحداً فاشترى به سلعتين ، ولانهما سلعتان تجبر خسارة احداهما بربح الاخرى لجبر تلفهما به ، كما لو كان رأس المال دينارا ، ولانه رأس مال واحد فلا يستحق المضارب فيه ربحا حتى يكمل رأس المال كالذى ذكرنا ، فأما ان تلف أحد الالفين قبل الشراء به والتصرف فيه أو تلف بعضه انفسخت المضاربة فيما تلف ، وكان رأس المال الباقى خاصة ، وقال بعض الشافعية مذهب الشافعى : أن التالف من الربح ورأس المال الالفان معا ، لأن المال انما يصيره قراضا بالقبض ، فلا فرق بين هلاكه قبل التصرف وبعده .

ولنا أنه مال هلك على جهته قبل التصرف فيه : فكان رأس المال الباقى كما لو تلف قبل القبض وفارق ما بعد التصرف ، لانه دار فى التجارة وشرع فيما قصد بالعقد من التصرفات المؤدية الى الربح .

(فصل) واذا دفع اليه ألفا مضاربة ثم دفع اليه ألفا آخر مضاربة وأذن له فى ضم أحدهما الى الآخر قبل التصرف فى الاول جاز وصارا مضاربة واحدة ، كما لو دفعهما اليه مرة واحدة ، وان كان بعد التصرف فى الاول فى شراء المتاع لم يجز ، لان حكم الاول استقر فكان ربحه وخسرانه مختصا به فضم الثانى اليه يوجب جبران خسران أحدهما بربح الآخر ، فاذا شرط ذلك فى الثانى فسد ، فان نض الاول جاز ضم الثانى اليه لزوال هذا المعنى ، وان لم يأذن له فى ضم الثانى الى الاول لم يجز له ذلك : نص عليه أحمد ، وقال اسحاق : له ذلك قبل أن يتصرف فى الاول .

ولنا أنه أفرد كل واحد بعقد فكانا عقدين لكل عقد حكم نفسه ولا تجبر وضيعة أحدهما بربح الآخر كما لو نهاه عن ذلك .

(فصل)

قال الاثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل عن المضارب يربح ويضع مرارا ، فقال : يرد الوضيعة على الربح : الا أن يقبض المال صاحبه ثم يرده اليه فيقول : اعمل به ثانية فما ربح بعد ذلك لا تجبر به وضيعة الاول ، فهذا ليس فى نفسى منه شيء ، وأما ما لم يدفع اليه فحتى يحتسبا حسابا كالقبض ، كما قال ابن سيرين ، قيل : وكيف يكون حسابا كالقبض ؟ قال : يظهر المال يعنى ينض ويجيء ، فيحتسبان عليه ، فان شاء صاحب المال قبضه ، قيل له : فيحتسبان على المتاع ؟ فقال لا يحتسبان الا على الناض ، لأن المتاع قد ينحط سعره ويرتفع ، قال أبو طالب : قيل لأحمد : رجل دفع الى رجل عشرة آلاف درهم مضاربة فوضع فبقيت ألف فحاسبه صاحبها ، ثم قال له : اذهب فاعمل بها فربح ؟ قال : يقاسمه ما فوق الالف ، يعنى اذا كانت الالف ناضة حاضرة ان شاء صاحبها قبضها ، فهذا الحساب الذى كالقبض ، فيكون أمره بالمضاربة بها فى هذه الحال ابتداء مضاربة ثانية . كما لو قبضها منه ثم ردها اليه ، فأما قبل ذلك فلا شيء

للمضارب حتى يكمل عشرة آلاف ، ولو أن رب المال والمضارب اقتسما الربح أو أخذ أحدهما منه شيئا بإذن صاحبه والمضاربة بحالها ثم سافر المضارب به فخسر كان على المضارب رد ما أخذه من الربح ، لأننا تبينا أنه ليس بربح ما لم تنجبر الخسارة .

(فصـــل)

وإذا قارض فى مرضه صح ، لأنه عقد يبتغى به الفضل ، فأشبه البيع والشراء وللعامل ما شرط له من الربح : وان زاد على شرط مثله وإلا يحتسب به من ثلثه . لأن ذلك غير مستحق من مال رب المال ، وإنما حصل بعمل المضارب فى المال فما يوجد من الربح المشروط يحدث على ملك العامل ، بخلاف ما لو حابى الأجير فى الأجر ، فإنه يحتسب بما حاباه من ثلثه ، لأن الاجر يؤخذ من ماله ، ولو شرط فى المساقاة والمزارعة أكثر من أجر المثل احتمل أن لا يحتسب به من ثلثه لأن الثمرة تخرج على ملكيهما كالربح فى المضاربة . واحتمل أن يكون من ثلثه لأن الثمرة زيادة فى ملكه خارجة عن عينه ، والربح لا يخرج عن يمين المال إنما يحصل بالتقليب .

(فصـــل) واذا مات رب المال قدمنا حصة العامل على غرمائه ولم يأخذوا شيئا من نصيبه ، لانه يملك الربح بالظهور ، فكان شريكا فيه ، وليس لرب المال شيء من نصيبه ، فهو كالشريك بماله ، ولأن حقه متعلق بعين المال دون الذمة فكان مقدما كحق الجناية ، ولأنه متعلق بالمال قبل الموت ، فكان أسبق كحق الرهن .

(فصـــل) وان مات المضارب ولم يعرف مال المضاربة بعينه صار دينا فى ذمته ، ولصاحبه أسوة الغرماء ، وقال الشافعى : ليس على المضارب شيء ، لانه لم يكن له فى ذمته وهو حى شيء ولم يعلم حدوث ذلك بالموت ، فإنه يحتمل أن يكون المال قد هلك .

ولنا أن الاصل بقاء المال فى يده واختلاطه بجملة التركة ، ولا سبيل الى معرفة عينه ، فكان دينا كالوديعة إذا لم تعرف عينها ، ولأنه لا سبيل الى اسقاط حق رب المال ، لان الاصل بقاؤه ولم يوجد ما يعارض ذلك ويخالفه ، ولا سبيل

إلى إعطائه عينا من هذا المال لانه يحتمل أن يكون من غير مال المضاربة : فلم يبق إلا تعلقه بالذمة

« مسألة » قال (وإذا تبين للمضارب أن فى يده فضلا لم يكن له أخذ شىء منه إلا بإذن رب المال)

وجملته : أن الربح إذا ظهر فى المضاربة لم يجز للمضارب أخذ شىء منه بغير إذن رب المال ، لانعلم فى هذا بين أهل العلم خلافا . وإنما لم يملك ذلك لامور ثلاثة

أحدها . أن الربح وقاية لرأس المال . فلا يأمن الخسران الذى يكون هذا الربح جابراً له . فيخرج بذلك عن أن يكون ربحاً

الثانى : أن رب المال شريكه فلم يكن له مقاسمة نفسه

والثالث : أن ملكه عليه غير مستقر ، لانه بعرض أن يخرج عن يده بجبران خسارة المال ، وان أذن رب المال فى أخذ شىء جاز ، لان الحق لهما لا يخرج عنهما

فصل

وان طلب أحدهما قسمة الربح دون رأس المال وأبى الآخر قدم قول الممتنع ، لانه ان كان رب المال فلأنه لا يأمن الخسران فى رأس المال فيجبره بالربح ، وان كان العامل فإنه لا يأمن أن يلزمه رد ما أخذ فى وقت لا يقدر عليه وان تراضيا على ذلك جاز ، لان الحق لهما وسواء اتفقا على قسمة جميعه أو بعضه أو على ان يأخذ كل واحد منهما شيئاً معلوما ينفقه ، ثم متى ظهر فى المال خسران أو تلف كله لزم العامل رد أقل الامرين مما أخذه أو نصف خسران المال اذا اقتسما الربح نصفين . وبهذا قال الثورى والشافعى واسحاق

وقال أبو حنيفة . لا تجوز القسمة حتى يستوفى رب المال ماله قال ابن المنذر اذا اقتسما الربح ولم يقبض رب المال رأس ماله ، فأكثر أهل العلم يقولون برد العامل الربح حتى يستوفى رب المال ماله

ولنا على جواز القسمة أن المال لهما . فجاز لهما أن يقتسما بعضه كالشريكين ، أو نقول إنهما شريكان ، فجاز لهما قسمة الربح قبل المفاصلة كشريكى العنان

(فصـــل)

والمضاربة من العقود الجائزة، تنفسخ بفسخ أحدهما أيهما كان. وبموته وجنونه والحجر عليه لسفه، لأنه متصرف فى مال غيره بإذنه فهو كالوكيل، ولا فرق بين ما قبل التصرف وبعده، فإذا انفسخت والمال ناض لا ربح فيه أخذه ربه وإن كان فيه ربح قسما الربح على ما شرطاه، وان انفسخت والمـال عرض فاتفقا على بيعه أو قسمه جاز، لأن الحق لهما لا يعدوهما، وان طلب العامل البيع وأبى رب المـال وقد ظهر فى المال ربح أجبر رب المـال على البيع، وهو قول إسحاق والثورى، لأن حق العامل فى الربح ولا يظهر إلا بالبيع، وإن لم يظهر ربح لم يجبر، لأنه لا حق له فيه وقد رضيه مالكه كذلك فلم يجبر على بيعه، وهذا ظاهر مذهب الشـافعى.

وقال بعضهم فيه وجه آخر أنه يجبر على البيع، لأنه ربما زاد فيه زائد أو رغب فيه راغب فزاد على ثمن المثل، فيكون للعامل فى البيع حظ

ولنا أن المضـــارب إنما استحق الربح إلى حين الفسخ، وذلك لا يعلم إلا بالتقويم. ألا ترى أن المستعير إذا غرس أو بنى أو المشترى كان للمعير والشفيع أن يدفعا قيمة ذلك لأنه مستحق للأرض فهنا أولى، وما ذكروه من احتمال الزيادة بزيادة مزايد أو راغب على قيمته، فإنما حدث ذلك بعد فسخ العقد فلا يستحقها العامل، وإن طلب رب المال البيع وأبى العامل ففيه وجهان

أحدهما يجبر العامل على البيع، وهو قول الشافعى، لأن عليه رد المال ناضا كما أخذه. والثانى لا يجبر إذا لم يكن فى المـال ربح أو أسقط حقه من الربح، لانه بالفسخ زال تصرفه وصار أجنبياً من المال، فأشبه الوكيل اذا اشترى ما يستحق رده فزالت وكالته قبل رده، ولو كان رأس المال دنانير فصار دراهم. أو دراهم فصار دنانير، فهو كما لو كان عرضا على ما شرح، واذا نض رأس المال جميعه لم يلزم العامل أن ينض له الباقى، لأنه شركة بينهما، ولا يلزم الشريك أن ينض مال شريكه، ولأنه انما لزمه أن ينض رأس المال ليرد اليه رأس ماله على صفته، ولا يوجد هذا المعنى فى الربح

(فصل) وان انفسخ القراض والمال دين لزم العامل تقاضيه، سواء ظهر فى

المـال ربح أو لم يظهر . وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : ان ظهر ربح لزمه تقاضيه ، وان لم يظهر ربح لم يلزمه تقاضيه ، لأنه لا غرض له فى العمل فهو كالوكيل .

ولنا أن المضاربة تقتضى رد رأس المـال على صفته ، والديون لا تجرى مجرى الناض فلزمه أن ينضه ، كما لو ظهر فى المال ربح ، وكما لو كان رأس المال عرضا : ويفارق الوكيل فإنه لا يلزمه رد المـال كما قبضه ، ولهذا لا يلزمه بيع العروض ، ولا فرق بين كون الفسخ من العامل أو رب المـال ، فإن اقتضى منه قدر رأس المال ، أو كان الدين قدر الربح أو دونه لزم العامل تقاضيه أيضا ، لانه انما يستحق نصيبه من الربح عند وصوله اليهما على وجه يمكن قسمته ، ووصول كل واحد منهما الى حقه منه ، ولا يحصل ذلك الا بعد تقاضيه

(فصل) وأى المتقارضين مات أو جن انفسخ القراض . لأنه عقد جائز فانفسخ بموت أحدهما وجنونه كالتوكيل : فإن كان الموت أو الجنون برب المال فأراد الوارث أو وليه إتمامه والمال ناض جاز ، ويكون رأس المال وحصته من الربح رأس المال وحصة العامل من الربح شركة له مشاعة . وهذه الاشاعة لا تمنع لان الشريك هو العامل ، وذلك لا يمنع التصرف ، فإن كان المال عرضا وأرادوا إتمامه فظاهر كلام أحمد : جوازه . لانه قال فى رواية على بن سعيد . إذا مات رب المال لم يجز للعامل أن يبيع ولا يشترى إلا باذن الورثة ، فظاهر هذا : بقاء العامل على قراضه ، وهو منصوص الشافعى لان هذا اتمام للقراض لا ابتداء له ولان القراض انما منع منه فى العروض لانه يحتاج عند المفاصلة الى رد مثلها أو قيمتها ويختلف ذلك باختلاف الاوقات . وهذا غير موجود ههنا لان رأس المال غير العروض وحكمه باق الا ترى أن للعامل أن يبيعه ليسلم رأس المال ويقسم الباقى وذكر القاضى وجهاً آخر أنه لا يجوز ، لان القراض قد بطل بالموت ، وهذا ابتداء قراض على عروض ، وهذا الوجه أقيس . لان المال لو كان ناضا كان ابتداء قراض : وكانت حصة العامل من الربح شركة له يختص بها دون رب المـال : وان كان المال ناضا بخسارة أو تلف كان رأس المال الموجود منه حال ابتداء

القراض فلو جوزنا ابتداء القراض ههنا وبناءهما على القراض لصارت حصة العامل من الربح غير مختصة به وحصتها من الربح مشتركة بينهما وحسبت عليه العروض بأكثر من قيمتها فيما إذا كان المال ناقصاً ؛ وهذا لا يجوز في القراض بلا خلاف وكلام أحمد يحمل على أنه يبيع ويشترى بإذن الورثة كبيعه وشرائه بعد انفساخ القراض ، فأما ان مات العامل أو جن وأراد ابتداء القراض مع وارثه أو وليه ، فإن كان ناضا جاز ، كما قلنا فيما إذا مات رب المال ، وان كان عرضا لم يجز ابتداء القراض إلا على الوجه الذي يجوز ابتداء القراض على العروض ، بأن تقوم العروض ويجعل رأس المال قيمتها يوم العقد ، لأن الذي كان منه العمل قد مات أو جن وذهب عمله ولم يخلف أصلا يبنى عليه وارثه بخلاف ما إذا مات رب المال فإن المال المقارض عليه موجود ومنافعه موجودة فأمكن استدامة العقد وبناء الوارث عليه وان كان المال ناضا جاز ابتداء القراض فيه إذا اختار ذلك ، فإن لم يبتدئاه لم يكن للوارث شراء ولا بيع ، لأن رب المـــال إنما رضي باجتهاد مورثه ، فإذا لم يرض ببيعه رفعه إلى الحاكم ليبيعه ، فأما إن كان الميت رب المال فليس للعامل الشراء ، لأن القراض انفسخ ، فأما البيع فإن الحكم فيه وفي التقويم واقتضاء الدين على ما ذكرناه إذا فسخت المضاربة ورب المال حي .

﴿ فصل ﴾

إذا تلف المال قبل الشراء انفسخت المضاربة لزوال المال الذي تعلق العقد به وما اشتراه بعد ذلك للمضاربة فهو لازم له ، والثمن عليه ، سواء علم بتلف المـال قبل نقد الثمن أو جهل ذلك ، وهل يقف على إجازة رب المال ؟ على روايتين .

إحداهما : ان اجازه فالثمن عليه والمضاربة بحالها ، وان لم يجزه لزم العامل .

والثانية : هو للعامل على كل حال ، فإن اشترى للمضاربة شيئاً فتلف المال قبل نقده فالشراء للمضاربة وعقدها باق ، ويلزم رب المال الثمن ، ويصير رأس المال الثمن دون التالف ، لأن الأول تلف قبل التصرف فيه ، وهذا قول بعض الشافعية ومنهم من قال : رأس المال هذا والتالف . وحكى ذلك عن أبي حنيفة ومحمد بن الحسن ولنا أن التالف تلف قبل التصرف فيه ، فلم يكن من رأس المال ، كما لو تلف

قبل الشراء ، ولو اشترى عبدين بمال المضاربة فتلف أحد العبدين كان تلفه من الربح ولم ينقص رأس المال بتلفه ، لأنه تلف بعد التصرف فيه ، وان تلف العبدان كلاهما انفسخت المضاربة لزوال مالها كله ، فإن دفع اليه رب المال بعد ذلك ألفاً كان الألف رأس المال ولم يضم الى المضاربة الأولى ، لأنها انفسخت لذهاب مالها .

« مسألة » قال (وإذا اتفق رب المال والمضارب على أن الربح بينهما والوضيعة عليهما ، كان الربح بينهما والوضيعة على المال)

وجملته : أنه متى شرط على المضارب ضمان المال أو سهما من الوضيعة فالشرط باطل ، لا نعلم فيه خلافاً والعقد صحيح ، نص عليه أحمد ، وهو قول أبي حنيفة ومالك ، وروى عن أحمد : أن العقد يفسد به ، وحكي ذلك عن الشافعي لأنه شرط فاسد ، فأفسد المضاربة كما لو شرط لأحدهما فضل دراهم ، والمذهب الأول . ولنا أنه شرط لا يؤثر في جهالة الربح فلم يفسد به ، كما لو شرط لزوم المضاربة ، ويفارق شرط الدراهم ، لأنه إذا فسد الشرط ثبتت حصة كل واحد منهما في الربح مجهولة .

(فصل) والشروط في المضاربة تنقسم قسمين . صحيح ، وفاسد . فالصحيح : مثل أن يشترط على العامل أن لا يسافر بالمال ، أو أن يسافر به ، أو لا يتجر إلا في بلد بعينه ، أو نوع بعينه ، أو لا يشترى الا من رجل بعينه . فهذا كله صحيح ، سواء كان النوع مما يعم وجوده أو لا يعم . والرجل ممن يكثر عنده المتاع أو يقل وبهذا قال أبو حنيفة .

وقال مالك والشافعي : إذا شرط أن لا يشترى الا من رجل بعينه أو سلعة بعينها أو ما لا يعم وجوده ، كالياقوت الأحمر والخيل البلق ، لم يصح ، لأنه يمنع مقصود المضاربة وهو التقليب وطلب الربح ، فلم يصح ، كما لو اشترط أن لا يبيع ويشترى الا من فلان ، أو أن لا يبيع إلا بمثل ما اشترى به .

ولنا أنها مضاربة خاصة : لا تمنع الربح بالكلية ، فصحت كما لو شرط أن لا يتجر الا في نوع يعم وجوده ، ولأنه عقد يصح تخصيصه بنوع ، فصح تخصيصه في رجل بعينه وسلعة بعينها كالوكالة ، وقولهم : إنه يمنع المقصود : ممنوع وإنما يقلله

وتقليله لا يمنع الصحة ، كتخصيصه بالنوع ، ويفارق ما إذا شرط أن لا يبيع إلا برأس المـال ، فانه يمنع الربح بالـكلية ، وكذلك إذا قال : لا تبع إلا من فلان ، ولا تشترى إلا من فلان ، فانه يمنع الربح أيضاً ، لأنه لا يشترى ما باعه إلا بدون ثمنه الذى باعه به ، ولهذا لو قال : لا تبع إلا ممن اشتريت منه ، لم يصح لذلك .

(فصل) ويصح تأقيت المضاربة ، مثل أن يقول : ضاربتك على هذه الدراهم سنة فإذا انقضت فلا تبع ولا تشتر ، قال مهنا سألت أحمد عن رجل أعطى رجلا ألفا مضاربة شهراً ؟ قال : إذا مضى شهراً يكون قرضاً قال : لا بأس به ، قلت : فإن جاء الشهر وهى متاع ؟ قال : إذا باع المتاع يكون قرضا ، وقال أبو الخطاب : فى صحة شرط التأقيت روايتان .

إحداهما : هو صحيح . وهو قول أبى حنيفة :

والثانية : لا يصح ، وهو قول الشافعى ومالك ، واختيار أبى حفص العكبرى لثلاثة معان :

أحدها : أنه عقد يقع مطلقاً ، فإذا شرط قطعه لم يصح كالنكاح .

الثانى : أن هذا ليس من مقتضى العقد ، ولا له فيه مصلحة ، فأشبه ما لو شرط أن لا يبيع ، وبيان أنه ليس من مقتضى العقد : أنه يقتضى أن يكون رأس المال ناضا ؛ فإذا منعه البيع لم ينض .

الثالث : أن هذا يؤدى الى ضرر بالعامل ، لأنه قد يكون الربح ، والحظ فى تبقية المتاع ، وبيعه بعد السنة ، فيمتنع ذلك بمضيها .

ولنا أنه تصرف يتوقت بنوع من المتاع ، فجاز توقيته فى الزمان كالوكالة ، والمعنى الاول الذى ذكروه يبطل بالوكاله والوديعة ، والمعنى الثانى والثالث : يبطل تخصيصه بنوع من المتاع ، ولان لرب المـال منعه من البيع والشراء فى كل وقت ، إذا رضى أن يأخذ بماله عرضا ، فإذا شرط ذلك فقد شرط ما هو من مقتضى العقد فصح كما لو قال : إذا انقضت السنة فلا تشتر شيئا ، وقد سلموا صحة ذلك

(فصل) وإذا اشترط المضارب نفقة نفسه صح ، سواء كان فى الحضر أو السفر وقال الشافعى . لا يصح فى الحضر .

ولنا أن التجارة فى الحضر إحدى حالتى المضاربة ، فصح اشتراط النفقة فيها كالسفر ، ولأنه شرط النفقة فى مقابلة عمله فصح ، كما لو اشترطها فى الوكالة .

(فصل) والشروط الفاسدة : تنقسم الى ثلاثة أقسام :

أحدها : ما ينافى مقتضى العقد ، مثل أن يشترط لزوم المضاربة ، أو لا يعزله مدة بعينها ، أو لا يبيع إلا برأس المال أو أقل ، أو لا يبيع إلا ممن اشترى منه ، أو شرط ألا يشترى ، أو لا يبيع ، أو أن يوليه ما يختاره من السلع أو نحو ذلك فهذه شروط فاسدة ، لأنها تفوت المقصود من المضاربة وهو الربح ، أو تمنع الفسخ الجائز بحكم الأصل .

القسم الثانى : ما يعود بجهالة الربح ، مثل أن يشترط للمضارب جزءاً من الربح مجهولا ، أو ربح أحد الكسبين ، أو أحد الألفين أو أحد العبدين ، أو ربح إحدى السفرتين ، أو مايربح فى هذا الشهر ، أو ان حق أحدهما فى عبد يشتريه ، أو يشترط لأحدهما دراهم معلومة بجميع حقه أو ببعضه ، أو يشترط جزءاً من الربح لأجنبى فهذه شروط فاسدة ، لأنها تفضى الى جهل حق كل واحد منهما من الربح ، أو الى فواته بالكلية ، ومن شرط المضاربة : كون الربح معلوما .

القسم الثالث : اشتراط ما ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه ، مثل أن يشترط على المضارب المضاربة له فى مال آخر : أو يأخذه بضاعة أو قرضاً ، أو أن يخدمه فى شىء بعينه أو يرتفق ببعض السلع ، مثل أن يلبس الثوب ويستخدم العبد ويركب الدابة أو يشترط على المضارب ضمان المال أو سهماً من الوضيعه ، أو أنه متى باع السلعه فهو أحق بها بالثمن ، أو شرط المضارب على رب المال شيئا من ذلك ، فهذه كلها شروط فاسدة ، وقد ذكرنا كثيراً منها فى غير هذا الموضع معللا ، ومتى اشترط شرطا فاسداً يعود بجهالة الربح فسدت المضاربه ، لأن الفساد لمعنى فى العوض المعقود عليه فأفسد العقد ، كما لو جعل رأس المال خمراً أو خنزيراً ؛ ولأن الجهالة تمنع من التسليم فتفضى الى التنازع والاختلاف ، ولا يعلم ما يدفعه الى المضارب .

وما عدا ذلك من الشروط الفاسدة فالمنصوص عن أحمد فى أظهر الروايتين عنه : أن العقد صحيح ، ذكره عنه الأثرم وغيره ، لانه عقد يصح على مجهول ،

فلم تبطله الشروط الفاسدة ، كالنكاح والعتاق والطلاق ، وذكر القاضى وأبو الخطاب رواية أخرى : أنها تفسد العقد ، لأنه شرط فاسد ، فأفسد العقد ، كشرط دراهم معلومه ، أو شرط أن يأخذ له بضاعه ، والحكم فى الشركة كالحكم فى المضاربة سواء .

(فصل) وفى المضاربة الفاسدة فصول ثلاثه :

أحدها : أنه إذا تصرف نفذ تصرفه ، لأنه أذن له فيه ، فإذا بطل العقد بقى الاذن ، فملك به التصرف كالوكيل .

فإن قيل : فلو اشترى الرجل شراء فاسداً ثم تصرف فيه لم ينفذ تصرفه ، مع أن البائع قد أذن له فى التصرف . قلنا : لأن المشترى يتصرف من جهة الملك لا بالاذن . فإن أذن له البائع كان على أنه ملك المأذون له ، فإذا لم يملك لم يصح وههنا أذن له رب المال فى التصرف فى ملك نفسه وما شرطه من الشرط الفاسد فليس بمشروط فى مقابلة الاذن ، لانه أذن له فى تصرف يقع له .

الفصل الثانى : أن الربح جميعه لرب المال ، لأنه نماء ماله إنما يستحق العامل بالشرط ، فإذا فسدت المضاربة فسد الشرط ، فلم يستحق منه شيئا . وكان له أجر مثله ، نص عليه أحمد ، وهو مذهب الشافعى ، واختار الشريف أبو جعفر : أن الربح بينهما على ماشرطاه : واحتج بما روى عن أحمد أنه قال : إذا اشتركا فى العروض قسم الربح على ما شرطاه ، قال . وهذه الشركة فاسدة ، واحتج بأنه عقد يصح مع الجهالة ، فيثبت المسمى فى فاسده كالنكاح ، قال : ولا أجر له ، وجعل أحكامها كلها كأحكام الصحيحه ، وقد ذكرنا هذا ، قال القاضى أبو يعلى : والمذهب ما حكينا ، وكلام أحمد محمول على أنه صحح الشركة بالعروض ، وحكى عن مالك : أنه يرجع الى قراض المثل ، وحكى عنه ان لم يربح فلا أجر له ، ومقتضى هذا : أنه ان ربح فله الأقل مما شرط له أو أجر مثله ، ويحتمل أن يثبت عندنا مثل هذا ، لانه اذا كان الاقل ما شرط له فقد رضى به ، فلا يستحق أكثر منه كما لو تبرع بالعمل الزائد .

ولنا أن تسمية الربح من توابع المضاربه أو ركن من أركانها ، فإذا فسدت فسدت أركانها وتوابعها كالصلاة ولا نسلم فى النكاح وجوب المسمى اذا كان

العقد فاسداً ، واذا لم يجب له المسمى وجب أجر المثل ، لأنه إنما عمل ليأخذ المسمى فإذا لم يحصل له المسمى وجب رد عمله اليه : وذلك متعذر فتجب قيمته وهو أجر مثله ، كما لو تبايعا بيعا فاسداً وتقابضا وتلف أحـــد العوضين فى يد القابض له وجب رد قيمته ، فعلى هذا سواء ظهر فى المـال ربح أو لم يظهر ، فأما ان رضى المضارب بالعمل بغير عوض مثل أن يقول : قارضتك والربح كله لى ، فالصحيح أنه لا شيء للمضارب ههنا ، لأنه تبرع بعمله ، فأشبه ما لو أعانه فى شيء أو توكل له بغير جعل أو أخذ له بضاعة .

الفصل الثالث فى الضمان ، ولا ضمان عليه فيما يتلف بغير تعديه وتفريطه لأن ما كان القبض فى صحيحه مضمونا كان مضمونا فى فاسده ، وما لم يكن مضمونا فى صحيحه لم يضمن فى فاسده ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو يوسف ومحمد : يضمن

ولنا أنه عقد لا يضمن ما قبضه فى صحيحه ، فلم يضمنه فى فاسده كالوكالة ، ولأنها إذا فسدت صارت إجارة والأجير لا يضمن سكنى ما تلف بغير تعديه ولا فعله . فكذا ههنا ، وأما الشركة اذا فسدت فقد ذكرناها قبل هذا .

« مسألة » قال (ولا يجوز أن يقال لمن عليه دين . ضارب بالدين الذى عليك)

نص أحمد على هذا ، وهو قول أكثر أهل العلم ، ولا نعلم فيه مخالفاً ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أنه لا يجوز أن يجعل الرجل دينا له على رجل مضاربة ، وممن حفظنا ذلك عنه عطاء والحكم وحماد ومالك والثورى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وبه قال الشافعى ، وقال بعض أصحابنا : يحتمل أن تصح المضاربة ، لأنه اذا اشترى شيئا للمضاربة فقد اشتراه بإذن رب المال ، ودفع الدين الى من أذن له فى دفعه اليه فتبرأ ذمته منه ، ويصير كما لو دفع اليه عرضا وقال : بعه وضارب بثمنه ، وجعل أصحاب الشافعى مكان هذا الاحتمال أن الشراء لرب المـال ، وللمضارب أجر مثله ؛ لأنه علقه بشرط ، ولا يصح عندهم تعليق القراض بشرط ، والمذهب : هو الأول ، لأن المال الذى فى يدى من عليه الدين له ، وإنما يصير لغريمه بقبضه ولم يوجب القبض ههنا ، وإن قال له : اعزل المال الذى لى عليك ، وقد قارضتك عليه ففعل واشترى بعين

ذلك المال شيئا للمضاربه ، وقع الشراء للمشتري ، لأنه يشتري لغيره بمال نفسه فحصل الشراء له . فإن اشترى فى ذمته فكذلك . لانه عقد القراض على مالا يملكه وعلقه على شرط لا يملك به المال .

(فصل) وإن قال لرجل : اقبض المـــال الذى على فلان واعمل به مضاربة فقبضه وعمل به جاز فى قولهم جميعا ، ويكون وكيلا فى قبضه مؤتمنا عليه ، لأنه قبضه بإذن مالكه من غيره ، فجاز أن يجعله مضاربة ، كما لو قال : اقبض المـــال من غلامى وضارب به ، قال مهنا . سألت أحمد عن رجل قال : أقرضنى ألفا شهراً ثم هو بعد الشهر مضاربة ؟ قال : لا يصلح . وذلك لانه إذا أقرضه صار دينا عليه وقد ذكرنا أنه لا يجوز أن يضارب بالدين الذى عليه ، ولو قال : ضارب به شهراً ثم خذه قرضا جاز . لما ذكرنا فيما تقدم .

(فصـــل)

ومن شرط المضاربه أن يكون رأس المال معلوم المقدار ، ولا يجوز أن يكون مجهولا ولا جزافا ، ولو شاهداه . وبهذا قال الشافعى . وقال أبو ثور وأصحاب الرأى : تصح إذا شاهداه . والقول قول العامل مع يمينه فى قدره لأنه أمين رب المال . والقول قوله فيما فى يديه فقام ذلك مقام المعرفة به .

ولنا أنه مجهول فلم تصح المضاربة به . كما لو لم يشاهداه . وذلك لأنه لا يدرى بكم يرجع عند المفاصله ؟ ولانه يفضى الى المنازعة والاختلاف فى مقداره فلم يصح كما لو كان فى الكيس . وما ذكروه يبطل بالسلم وبما اذا لم يشاهداه .

(فصل) ولو أحضر كيسين فى كل واحد منهما مال معلوم المقدار وقال : قارضتك على أحدهما لم يصح . سواء تساوى ما فيهما أو اختلف لأنه عقد تمنع صحته الجهالة . فلم يجز على غير معين كالبيع .

« مسألة » قال (وان كان فى يده وديعة جاز له أن يقول : ضارب بها) .

وبهذا قال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى . وقال الحسن : لا يجوز حتى يقبضها منه ، قياسا على الدين .

ولنا أن الوديعة ملك رب المـــال فجاز أن يضارب به عليها ؛ كما لو كانت

حاضرة ، فقال : قارضتك على هذا الألف ، وأشار إليه فى زاوية البيت ، وفارق الدين ، فإنه لا يصير عين المال ملكا للغريم إلا بقبضه ، ولو كانت الوديعة قد تلفت بتفريطه وصارت فى الذمة لم يجز أن يضاربه عليها لانها صارت دينا .

(فصل) ولو كان له فى يد غيره مال مغصوب فضارب الغاصب به صح أيضا لانه مال لرب المال يباح له بيعه من غاصبه ومن يقدر على أخذه منه فأشبه الوديعة . وإن تلف وصار فى الذمة لم تجز المضاربة به ، لانه صار دينا ومتى ضاربه بالمال المغصوب زال ضمان الغصب بمجرد عقد المضاربة . وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال القاضى : لا يزول ضمان الغصب إلا بدفعه ثمنا ، وهو مذهب الشافعى ، لان القراض لا ينافى الضمان بدليل ما لو تعدى فيه .

ولنا أنه ممسك للمال بإذن مالكه لا يختص بنفعه ولم يتعد فيه ، فأشبه ما لو قبضه إياه .

(فصل) والعامل أمين فى مال المضاربة لانه متصرف فى مال غيره بإذنه لا يختص بنفعه فكان أمينا كالوكيل ، وفارق المستعير ، فإنه قبضه لمنفعته خاصه وههنا المنفعة بينهما ، فعلى هذا القول قوله فى قدر رأس المال ، قال ابن المنذر . أجمع كل من نحفظ عنهم من أهل العلم أن القول قول العامل فى قدر رأس المال كذا قال الثورى وإسحاق وأصحاب الرأى ، وبه نقول . ولانه يدعى عليه قبض شىء وهو ينكره ، والقول قول المنكر ، وكذلك القول قوله فيما يدعيه من تلف المال أو خسارة فيه ، وما يدعى عليه من خيانة وتفريط ، وفيما يدعى أنه اشتراه لنفسه أو للمضاربة لان الاختلاف ههنا فى نيته ، وهو أعلم بما نواه لا يطلع على ذلك أحد سواه ، فكان القول قوله فيما نواه ، كما لو اختلف الزوجان فى نية الزوج بكناية الطلاق ، ولانه أمين فى الشراء فكان القول قوله كالوكيل ، ولو اشترى عبدا فقال رب المال . كنت نهيتك عن شرائه فأنكر العامل ، فالقول قوله . لان الاصل عدم النهى ، وهذا كله لا نعلم فيه خلافا .

(فصل) وإن قال ، أذنت لى فى البيع نسيئة وفى الشراء بعشرة ، قال بل أذنت لك فى البيع نقداً ، وفى الشراء بخمسة ، فالقول قول العامل ، نص عليه أحمد ،

وبه قال أبو حنيفة : ويحتمل أن القول قول رب المال : وهو قول الشافعي لأن الأصل عدم الاذن ، ولأن القول قول رب المال في أصل الاذن ، فكذلك في صفته .

ولنا أنهما اتفقا على الإذن واختلفا في صفته ، فكان القول قول العامل ، كما لو قال : قد نهيتك عن شراء عبد فأنكر النهي .

(فصل) وإن قال : شرطت لي نصف الربح ، فقال : بل ثلثه . فعن أحمد فيه روايتان .

إحداهما : القول قول رب المال ، نص عليه في رواية ابن المنصور وسندي ، وبه قال الثوري وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وابن المبارك وابن المنذر ، لأن رب المال ينكر السدس الزائد واشتراطه له ، والقول قول المنكر .

والثانية : أن العامل إذا ادعى أجر المثل وزيادة يتغابن الناس بمثلها فالقول قوله ، وإن ادعى أكثر فالقول قوله فيما وافق أجر المثل ، وقال الشافعي : يتحالفان لأنهما اختلفا في عوض عقد فيتحالفان كالمتبايعين .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « ولكن اليمين على المدعى عليه » ولأن الاختلاف في المضاربة فلم يتحالفا كسائر ما قدمنا اختلافهما فيه ، والمتبايعان يرجعان إلى رءوس أموالهما بخلاف ما نحن فيه .

(فصل) وإن ادعى العامل رد المال فأنكر رب المال ، فالقول قول رب المال مع يمينه ، نص عليه أحمد ، ولأصحاب الشافعي وجهان ، أحدهما : كقولنا ، والآخر : يقبل قوله . لأنه أمين ، ولأن معظم النفع لرب المال ، فالعامل كالمودع .

ولنا أنه قبض المال لنفع نفسه . فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير ، ولأن رب المال منكر والقول قول المنكر ، وفارق المودع ، فإنه لا نفع له في الوديعة . وقولهم إن معظم النفع لرب المال : يمنعه ، وإن سلم إلا أن المضارب لم يقبضه إلا لنفع نفسه ، ولم يأخذه لنفع رب المال .

(فصل) وإن قال : ربحت ألفا ، ثم قال : خسرت ذلك قبل قوله لأنه أمين يقبل قوله في التلف فقبل قوله في الخسارة كالوكيل ، وإن قال : غلطت أو نسيت لم يقبل قوله ، لأنه مقر بحق لآدمي ، فلم يقبل قوله في الرجوع كما لو أقر بأن رأس

المال ألف ثم رجع ، ولو أن العامل خسر فقال لرجل : أقرضني ما أتمم به رأس المال لأعرضه على ربه ، فإني أخشى أن ينزعه مني إن علم بالخسارة ، فأقرضه فعرضه على رب المال وقال : هذا رأس مالك فأخذه فله ذلك ولا يقبل رجوع العامل عن إقراره ان رجع ، ولا تقبل شهادة المقرض له ، لانه يجر الى نفسه نفعا ، وليس له مطالبة رب المال ، لان العامل ملكه بالقرض ثم سلمه الى رب المال ، ولكن يرجع المقرض على العامل لا غير .

(فصل) واذا دفع رجل الى رجلين مالا قراضا على النصف فنض المال وهو ثلاثة آلاف : وقال رب المال : رأس المال ألفان فصدقه أحدهما ، وقال الآخر : بل هو ألف ، فالقول قول المنكر مع يمينه فإذا حلف أن رأس المال ألف والربح ألفان فنصيبه منهما خمسمائة ، يبقى ألفان وخمسمائة يأخذ رب المال ألفين ، لان الآخر يصدقه ويبقى خمسمائة ربحا بين رب المال والعامل الاخر يقتسمانها أثلاثا لرب المال ثلثاها وللعامل ثلثمائة وستة وستون وثلثان ولرب المال ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث ، لان نصيب رب المال من الربح نصفه ونصيب هذا العامل ربعه فيقسم بينهما باقي الربح على ثلاثة ، وما أخذه الحالف فيما زاد على قدر نصيبه كالتالف منهما والتالف يحسب في المضاربة من الربح ، وهذا قول الشافعي .

(فصل) وان دفع الى رجل ألفا يتجر فيه فربح ، فقال العامل كان قرضا ، لي ربحه كله ، وقال رب المال ، كان قراضا فربحه بيننا ، فالقول قول رب المال ، لانه ملكه فالقول قوله في صفة خروجه عن يده فإذا حلف قسمنا الربح بينهما ، ويحتمل أن يتحالفا ، ويكون للعامل أكثر الامرين مما شرطه له من الربح أو أجر مثله ، لانه ان كان الاكثر نصيبه من الربح فرب المال معترف له به وهو يدعي الربح كله ، وان كان أجر مثله أكثر فالقول قوله في عمله مع يمينه كما أن القول قول رب المال في ربح ماله ، فإذا حلف قبل قوله في أنه ما عمل بهذا الشرط وانما عمل لغرض لم يسلم له فيكون له أجر المثل ، وان أقام كل واحد منهما بينة بدعواه ، فنص أحمد في رواية مهنا ، أنهما يتعارضان ويقسم الربح بينهما نصفين ،

وان قال رب المال ، كان بضاعة ، وقال العامل . بل كان قراضا احتمل أن يكون القول قول العامل لانه عمله له فيكون القول قوله فيه ، ويحتمل أن يتحالفا ويكون للعامل أقل الامرين من نصيبه من الربح أو أجر مثله لانه لايدعى أكثر من نصيبه من الربح ، فلا يستحق زيادة عليه ، وان كان الاقل أجر مثله فلم يثبت كونه قراضا فيكون له أجر عمله وان قال رب المال : كان بضاعة ، وقال العامل ، كان قرضا ، حلف كل واحد منهما على انكار ما ادعاه خصمه وكان له أجر عمله لاغير. وان خسر المال أو تلف فقال رب المال : كان قرضا ، وقال العامل ، كان قراضا أو بضاعة ، فالقول قول رب المال .

(فصل واذا اشترط المضارب النفقة ثم ادعى أنه انما أنفق من ماله وأراد الرجوع ، فله ذلك سواء كان المال باقيا فى يديه أو قد رجع الى مالكه ، وبه قال أبو حنيفة ، اذا كان المال باقيا فى يديه ، وليس له ذلك اذا كان بعد رده .

ولنا أنه أمين ، فكان القول قوله فى ذلك ، كما لو كان باقيا فى يده ، وكالوصى اذا ادعى النفقة على اليتيم .

(فصل) اذا كان عبد بين رجلين فباعه أحدهما بأمر الاخر بألف ، وقال ، لم أقبض ثمنه ، وادعى المشترى أنه قبضه وصدقه الذى لم يبع برىء المشترى من نصف ثمنه لاعتراف شريك البائع بقبض وكيله حقه ، فبرىء المشترى منه كما لو أقر أنه قبضه بنفسه ، وتبقى الخصومة بين البائع وشريكه والمشترى فان خاصمه شريكه وادعى عليه أنك قبضته نصيبى من الثمن فأنكر : فالقول قوله مع يمينه ان لم يكن للمدعى بينة ، وان كانت له بينة قضى بها عليه ولا تقبل شهادة المشترى له ، لانه يجر بها الى نفسه نفعا ، وان خاصم البائع المشترى فادعى المشترى أنه دفع اليه الثمن وأنكر البائع فالقول قوله مع يمينه لانه منكر فاذا حلف أخذ من المشترى نصف الثمن ، ولا يشاركه فيه شريكه ، لانه معترف أنه يأخذه ظلما فلا يستحق مشاركته فيه ، وان كانت للمشترى بينة حكم بها ، ولا تقبل شهادة شريكه عليه ، لانه يجر بها الى نفسه نفعا ، ومن شهد بشهادة تجر الى نفسه نفعا بطلت شهادته فى الكل ، ولا فرق بين مخاصمة الشريك قبل مخاصمة المشترى أو بعدها ، وان ادعى المشترى أن شريك البائع قبض الثمن منه فصدقه البائع نظرت فان كان البائع أذن

لشريكه فى القبض فهى كالتى قبلها ، وان لم يأذن له فى القبض لم تبرأ ذمة المشترى من شيء من الثمن ، لان البائع لم يوكله فى القبض فقبضه له ، لا يلزمه ولا يبرأ المشترى منه كما لو دفعه الى أجنبي ولا يقبل قول المشترى على شريك البائع لانه ينكره وللبائع المطالبة بقدر نصيبه لا غير ، لانه مقر أن شريكه قبض حقه ، ويلزم المشترى دفع نصيبه اليه ، ولا يحتاج الى أمين لان المشترى مقر ببقاء حقه ، وان دفعه الى شريكه لم تبرأ ذمته فاذا قبض حقه فلشريكه مشاركته فيما قبض ، لان الدين لهما ثابت بسبب واحد فما قبض منه يكون بينهما كما لو كان ميراثا ، وله أن لا يشاركه ويطالب المشترى بحقه كله ، ويحتمل أن لا يملك الشريك مشاركته فيما قبض ، لان كل واحد منهما يستحق ثمن نصيبه الذى ينفرد به فلم يكن لشريكه مشاركته فيما قبض من ثمنه كما لو باع كل واحد منهما نصيبه فى صفقة ويخالف الميراث لان سبب استحقاق الورثة لا يتبعض فلم يكن للورثة تبعيضه وههنا يتبعض لانه اذا كان البائع اثنين كان بمنزلة عقدين ؛ ولان الوارث نائب عن الموروث فكأن ما يقبضه للموروث يشترك فيه جميع الورثة بخلاف مسألتنا فإن ما يقبضه لنفسه فإن قلنا : له مشاركته فيما قبض فعليه اليمين أنه لم يستوف حقه من المشترى ويأخذ من القابض نصف ما قبضه ، ويطالب المشترى ببقية حقه اذا حلف له أيضا أنه ما قبض منه شيئا ، وليس للمقبوض منه أن يرجع على المشترى بعوض ما أخذ منه لانه مقر أن المشترى قد برئت ذمته من حق شريكه ، وانما أخذ منه ظلما فلا يرجع بما ظلمه هذا على غيره ، وان خاصم المشترى شريك البائع فادعى عليه أنه قبض الثمن منه فكانت له بينة حكم بها وتقبل شهادة البائع له اذا كان عدلا : لانه لا يجر الى نفسه نفعا ولا يدفع عنها ضرراً : لانه اذا ثبت أن شريكه قبض الثمن لم يملك مطالبته بشيء لانه ليس بوكيل له فى القبض فلا يقع قبضه له ، هكذا ذكره بعض أصحابنا ؛ وعندى لا تقبل شهادته له لانه يدفع عن نفسه ضرر مشاركة شريكه له فيما يقبضه من المشترى ؛ واذا لم تكن بينة لحلف أخذ من المشترى نصف الثمن وان نكل أخذ المشترى منه نصفه .

(فصل) واذا كان العبد بين اثنين فغصب رجل نصيب أحدهما بأن يستولى على العبد ويمنع أحدهما الانتفاع دون الاخر . ثم إن مالك نصفه والغاصب باعا العبد

صفقه واحدة صح فى نصيب المالك وبطل فى نصيب الغاصب ، وإن وكل الشريك الغاصب أو وكل الغاصب الشريك فى البيع فباع العبد كله صفقة واحدة بطل فى نصيب الغاصب فى الصحيح ، وهل يصح فى نصيب الشريك ؟ على روايتين ، بناء على تفريق الصفقة لأن الصفقة ههنا وقعت واحدة ، وقد بطل البيع فى بعضها ، فبطل فى سائرها بخلاف ما إذا باع المالك والغاصب ، فإنهما عقدان ، لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان ، ولو أن الغاصب ذكر للمشترى أنه وكل فى نصفه لصلح فى نصيب الآذن لكونه كالعقد المنفرد .

(فصل وإذا كان لرجلين دين لسبب واحد ، إما عقد أو ميراث أو استهلاك أو غيره ، فقبض أحدهما منه شيئا فللآخر مشاركته فيه ، هذا ظاهر المذهب وقد روى عن أحمد ما يدل على أن لأحدهما أن يأخذ حقه دون صاحبه ، ولا يشاركه الاخر فيما أخذه ، وهو قول أبى العالية وأبى قلابة وابن سـيرين وأبى عبيد ، وقيل لأحمد : بعت أنا وصاحبى متاعا بينى وبينه فأعطانى حقى وقال هذا حقك خاصه وأنا أعطى شريكك بعد ؟ قال : لا يجوز . قيل له : فإن أخره أو أبرأه من حقه دون صاحبه ، قال . يجوز ، قيل : فقد قال أبو عبيد : له أن يأخذ دون صاحبه إذا كان له أن يؤخر ويبرئه دون صاحبه ؟ ففكر فيها ثم قال : هذا يشبه الميراث إذا أخذ منه بعض الورثة دون بعض .

وقد قال ابن سيرين وأبو قلابة وأبو العالية : من أخذ شيئا فهو من نصيبه . قال . فرأيته قد احتج له وأجازه ، قال أبو بكر . العمل عندى على ما رواه حرب وحنبل . أنه لا يجوز . وهو الصحيح ، وقد صرح به أحمد فى أول هذه الرواية ، ولم يصرح بالرجوع عما قاله ، وذلك لأنه لا يجوز أن يكون نصيب القابض ما أخذه لما فى ذلك من قسمة الدين فى الذمة من غير رضى الشريك فيكون المأخوذ ، والباقى جميعا مشتركا ، ولغير القابض الرجوع على القابض بنصفه سواء كان باقيا فى يده أو أخرجه عنها برهن أو قضاء دين أو غيره ، وله أن يرجع على الغريم ، لان الحق يثبت فى ذمته لهما على وجه سواء ، فليس له تسليم حق أحدهما إلى الاخر فإن أخذ من الغريم لم يرجع على الشريك بشىء لان حقه يثبت فى أحد المحلين فإذا اختار أحدهما سقط حقه من الاخر وليس للقابض منعه من الرجوع على الغريم ،

بأن يقول ، أنا أعطيك نصف ما قبضت بل الخيرة إليه من أيهما شاء قبض ، فإن قبض من شريكه شيئا رجع الشريك على الغريم بمثله : وإن هلك المقبوض فى يد القابض تعين حقه فيه ، ولم يضمنه للشريك . لأنه قدر حقه فيما تعدى بالقبض وإنما كان لشريكه مشاركته لثبوته فى الأصل مشتركا ، وإن أبرأ أحد الشريكين من حقه برىء منه ، لانه بمنزلة تلفه ولا يرجع عليه غريمه بشىء ، وان أبرأ أحدهما من عشر الدين ثم قبضا من الدين شيئاً اقتسماه على قدر حقهما فى الباقى ، للمبرىء أربعة أتساعه ولشريكه خمسة أتساعه ، وان قبضا نصف الدين ثم أبرأ أحدهما من عشر الدين كله نفذت براءته فى خمس الباقى وما بقى بينهما على ثمانيه للمبرىء ثلاثة أثمانه وللآخر خمسة أثمانه ، فما قبضاه بعد ذلك اقتسماه على هذا ، وان اشترى أحدهما بنصيبه من الدين ثوبا فللآخر ابطال الشراء ، فإن بذل له المشترى نصف الثوب ولا يبطل البيع لم يلزمه ذلك . وان أجاز البيع ليملك نصف الثوب انبنى على بيع الفضولى ، هل يقف على الإجازة أو لا ؟ وان أخر أحدهما حقه من الدين جاز ، فإنه لو أسقط حقه جاز فتأخيره أولى ، فان قبض الشريك بعد ذلك شيئا لم يكن لشريكه الرجوع عليه بشىء . ذكره القاضى ، والاولى أن له الرجوع لان الدين الحال لا يتأجل بالتأجيل ، فوجود التأجيل كعدمه

فأما ان قلنا بالرواية الاخرى وأن ما يقبضه أحدهما له دون صاحبه فوجهها أن ما فى الذمة لا ينتقل الى العين الا بتسليمه الى غريمه أو وكيله . وما قبضه أحدهما فليس لشريكه فيه قبض ولا لوكيله ، فلا يثبت له فيه حق ، وكان لقابضه لثبوت يده عليه بحق فأشبه مالو كان الدين بسببين . وليس هذا قسمة الدين فى الذمة وانما تعين حقه بقبضه ، فأشبه تعيينه بالإبراء ، ولانه لو كان لغير القابض حق فى المقبوض لم يسقط بتلفه كسائر الحقوق ، ولأن هذا القبض لا يخلو اما أن يكون بحق أو بغير حق ، فإن كان بحق لم يشاركه غيره فيه كما لو كان الدين بسببين ، وان كان بغير حق لم يكن له مطالبته ، لان حقه فى الذمة لا فى العين ، فأشبه ما لو أخذ غاصب منه مالا ؛ فعلى هذا ماقبضه القابض يختص به دون شريكه ، وليس لشريكه الرجوع عليه ، وان اشترى بنصيبه ثوباً صح ولم يكن لشريكه ابطال الشراء ، وان قبض أكثر من حقه بغير اذن شريكه لم يبرأ الغريم مما زاد على حقه .

﴿ فصـــل ﴾

واختلفت الرواية عن أحمد في قسمة الدين في الذمم فنقل حنبل منع ذلك ، وهو الصحيح ، لأن الذمم لا تتكافأ ولا تتعادل ، والقسمة تقتضي التعديل . وأما القسمة من غير تعديل فهي بيع ، ولا يجوز بيع الدين بالدين ، فعلى هذا لو تقاسما ثم توى بعض المال رجع من توى ماله على من لم يتو ، وبهذا قال ابن سيرين والنخعي

ونقل حرب جواز ذلك لان الاختلاف لا يمنع القسمة كما لو اختلفت الاعيان وبه قال الحسن واسحاق ، فعلى هذا لا يرجع من توى ماله على من لم يتو اذا أبرأ كل واحد صاحبه . وهذا اذا كان في ذمم ، فأما في ذمة واحدة فلا تمكن القسمة . لان معنى القسمة افراز الحق ، ولا يتصور ذلك في ذمة واحدة ، والله أعلم

(فصول في العبد المأذون له) يجوز أن يأذن السيد لعبده في التجارة بغير خلاف نعلمه . لان الحجر عليه انما كان لحق سيده فجاز له التصرف بإذنه ، وينفك عنه الحجر في قدر ما أذن له فيه . لان تصرفه انما جاز بإذن سيده . فزال الحجر في قدر ما أذن فيه كالوكيل ، فان دفع اليه مالا يتجر به كان له أن يبيع ويشتري ويتجر فيه . وان أذن له أن يشتري في ذمته جاز . وان عين له نوعا من المال يتجر فيه جاز ولم يكن له التجارة في غيره . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة يجوز أن يتجر في غيره وينفك عنه الحجر مطلقا ، لان اذنه اطلاق من الحجر وفك له ، والاطلاق لا يتبعض كبلوغ الصبي .

ولنا أنه متصرف بالاذن من جهة الآدمي . فوجب أن يختص ما أذن له فيه كالوكيل والمضارب وما قاله ينقض بما اذا أذن له في شراء ثوب ليلبسه أو طعام ليأكله ويخالف البلوغ . فانه يزول به المعنى الموجب للحجر . فان البلوغ مظنة كمال العقل الذي يتمكن به من التصرف على وجه المصلحة وههنا الرق سبب الحجر وهو موجود . فنظير البلوغ في الصبي العتق للعبد وانما يتصرف العبد بالاذن . ألا ترى أن الصبي يستفيد بالبلوغ قبول النكاح بخلاف العبد ؟

(فصل) واذا أذن له في التجارة لم يجز له أن يؤجر نفسه ولا يتوكل لانسان وبه قال الشافعي . وأباحها أبو حنيفة لانه يتصرف لنفسه فملك ذلك كالمكاتب

ولنا أنه عقد على نفسه فلا يملكه بالاذن فى التجارة ،كبيع نفسه وتزوجه ، وقولهم : إنه يتصرف لنفسه ممنوع ، بل يتصرف لسيده ، وبهذا فارق المكاتب يتصرف لنفسه ، ولهذا كان له أن يبيع من سيده .

(فصـــل وإذا رأى السيد عبده يتجر فلم ينهه لم يصر مأذونا له ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة يصير مأذونا له : لانه سكت عن حقه ، فكان مسقطا له كالشفيع إذا سكت عن طلب الشفعة .

ولنا أنه تصرف يفتقر الى الاذن فلم يقم السكوت مقام الاذن ،كما لو باع الراهن الرهن والمرتهن ساكت ، أو باعه المرتهن والراهن ساكت ، وكتصرفات الأجانب ، ويخالف الشفعة ، فإنها تسقط بمضى الزمان اذا علم ، لأنها على الفور

(فصل)

ولا يبطل الاذن بالاباق ؛ وبه قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : يبطل ، لانه يزيل به ولاية السيد عنه فى التجارة ، بدليل أنه لا يجوز بيعه ولا هبته ولا رهنه فأشبه ما لو باعه .

ولنا أن الاباق لا يمنع ابتداء الاذن له فى التجارة فلم يمنع استدامته ،كما لو غصبه غاصب أو حبس بدين عليه أو على غــــيره ، وما ذكروه غير صحيح ، فإن سبب الولاية باق وهو الرق ، ويجوز بيعه واجارته ممن يقدر عليه ويبطل بالمغصوب .

(فصل) ولا يجوز للمأذون التبرع بهبة الدراهم ولا كسوة الثياب ، وتجوز هبته المأكول وإعارة دابته واتخاذ الدعوة مالم يكن اسرافا ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعى : لا يجوز شيء من ذلك بغير اذن سيده ، لأنه تبرع بمال مولاه ، فلم يجز كهبة دراهمه .

ولنا أن النبى صلى الله عليه وسلم «كان يجيب دعوة المملوك» وروى أبو سعيد مولى أبى أسيد «أنه تزوج ، فحضر دعوته أناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ؛ منهم عبد الله بن مسعود وحذيفة وأبو ذر ، فأمهم وهو يومئذ عبد» رواه صالح فى مسائله بإسناده ، ولأن العادة جارية بهذا بين التجار ، فجاز كما جاز للمرأة الصدقة بكسرة الخبز من بيت زوجها .

كتاب الوكالة

وهي جائزة بالكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى (إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها لجوز العمل عليها ، وذلك بحكم النيابة عن المستحقين . وأيضا قوله تعالى (فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاماً فليأتكم برزق منه) وهذه وكالة

وأما السنة فروى أبو داود والأثرم وابن ماجه عن الزبير بن الخريت عن أبي لبيد لمازة بن زبار عن عروة بن الجعد قال « عرض للنبي صلى الله عليه وسلم جلب فأعطاني ديناراً ، فقال يا عروة ، ائت الجلب فاشتر لنا شاة : قال فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشتريت شاتين بدينار ، فجئت أسوقهما أو أقودهما ، فليقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار ، فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار وبالشاة ، فقلت يا رسول الله : هذا دينارکم وهذه شاتكم ، قال وصنعت كيف ؟ قال فحدثته الحديث . قال : اللهم بارك له في صفقة يمينه » هذا لفظ رواية الأثرم .

وروى أبو داود بإسناده عن جابر بن عبد الله قال « أردت الخروج الى خيبر فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت له : إني أردت الخروج الى خيبر ، فقال ائت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقا ، فان ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته» وروى عنه صلى الله عليه وسلم « أنه وكل عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح أم حبيبة ، وأبا رافع في قبول نكاح ميمونة » وأجمعت الأمة على جواز الوكالة في الجملة ، ولأن الحاجة داعية الى ذلك فإنه لا يمكن كل واحد فعل مايحتاج إليه فدعت الحاجة إليها .

(فصل)

وكل من صح تصرفه في شيء بنفسه وكان مما تدخله النيابة صح أن يوكل فيه رجلا أو امرأة ، حراً أو عبداً ، مسلما كان أو كافراً ، وأما من يتصرف بالإذن كالعبد المأذون له والوكيل والمضارب فلا يدخلون في هذا ، لكن يصح من العبد التوكيل فيما يملكه دون سيده كالطلاق والخلع ؛ وكذلك الحكم في المحجور عليه

لسفه لا يوكل إلا فيما له فعله ، من الطلاق والخلع وطلب القصاص ونحوه ، وكل ما يصح أن يستوفيه بنفسه وتدخله النيابة صح أن يتوكل لغيره فيه ، إلا الفاسق فإنه يصح أن يقبل النكاح لنفسه ، وذكر القاضي أنه لا يصح أن يقبله لغيره ، وكلام أبي الخطاب يقتضي جواز ذلك ، وهو القياس ، ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان كهذين

فأما توكيله في الايجاب فلا يجوز الا على الرواية التي تثبت الولاية له . وذكر أصحاب الشافعي في ذلك وجهين . أحدهما يجوز توكيله لأنه ليس بولي ، ووجه الوجه الآخر أنه موجب للنكاح أشبه الولي ، ولأنه لا يجوز أن يتولى ذلك بنفسه ، فلم يجز أن يتوكل فيه كالمرأة ، ويصح توكيل المرأة في طلاق نفسها وطلاق غيرها . ويصح توكيل العبد في قبول النكاح ، لأنه ممن يجوز أن يقبله لنفسه ، وانما يقف ذلك على اذن سيده ليرضى بتعلق الحقوق به . ومن لا يملك التصرف في شيء لنفسه لا يصح أن يتوكل فيه ، كالمرأة في عقد النكاح وقبوله ، والكافر في تزويج مسلمة ؛ والطفل والمجنون في الحقوق كلها

(فصل)

وللمكاتب أن يوكل فيما يتصرف فيه بنفسه ، وله أن يتوكل بجعل لأنه من اكتساب المال . ولا يمنع المكاتب من الاكتساب ، وليس له أن يتوكل لغيره بغير جعل الا باذن سيده ، لأن منافعه كأعيان ماله ، وليس له بذل عين ماله بغير عوض . وللعبد أن يتوكل باذن سيده وليس له التوكيل بغير اذن سيده ، وان كان مأذونا له في التجارة ، لأن الاذن في التجارة لا يتناول التوكيل ، وتصح وكالة الصبي المراهق اذا أذن له الولي ، لانه ممن يصح تصرفه

« مسألة » قال (ويجوز التوكيل في الشراء والبيع ، ومطالبة الحقوق ، والعتق والطلاق ، حاضراً كان الموكل أو غائبا)

لا نعلم خلافا في جواز التوكيل في البيع والشراء . وقد ذكرنا الدليل عليه من الآية والخبر ، ولأن الحاجة داعية الى التوكيل فيه ، لأنه قد يكون ممن لا يحسن البيع والشراء أو لا يمكنه الخروج الى السوق . وقد يكون له مال ولا يحسن التجارة

فيه وقد يحسن ولا يتفرغ وقد لا تليق به التجارة لكونه امرأة أو ممن يتعير بها ويحط ذلك من منزلته ؛ وأباحها الشرع دفعا للحاجة وتحصيلا لمصلحة الآدمي المخلوق لعبادة الله سبحانه

ويجوز التوكيل فى الحوالة والرهن والضمان والكفالة والشركة والوديعة والمضاربة والجعالة والمساقاة والاجارة والقرض والصلح والوصية والهبة والوقف والصدقة والفسخ والابراء . لأنها فى معنى البيع فى الحاجة إلى التوكيل فيها فيثبت فيها حكمه . ولا نعلم فى شيء من ذلك اختلافا ، ويجوز التوكيل فى عقد النكاح فى الايجاب والقبول . لان النبي صلى الله عليه وسلم « وكل عمرو بن أمية وأبا رافع فى قبول النكاح له ولان الحاجة تدعو إليه فإنه ربما احتاج إلى التزوج من مكان بعيد لايمكنه السفر إليه . فإن النبي صلى الله عليه وسلم « تزوج أم حبيبة وهى يومئذ بأرض الحبشة »

ويجوز التوكيل فى الطلاق والخلع والرجعة والعتاق . لأن الحاجة تدعو اليه كدعائها الى التوكيل فى البيع والنكاح .

ويجوز التوكيل فى تحصيل المباحات كإحياء الموات واسقاء الماء والاصطياد والاحتشاش . لأنها تملك مال بسبب لا يتعين عليه ، فجاز التوكيل فيه كالابتياع والاتهاب . ويجوزالتوكيل فى اثبات القصاص وحد القذف واستيفائها فى حضرة الموكل وغيبته لأنها من حقوق الآدميين وتدعو الحاجة الى التوكيل فيها . لأن من له حق قد لا يحسن الاستيفاء أو لا يحب أن يتولاه

(فصـــل)

ويجوز التوكيل فى مطالبة الحقوق وإثباتها والمحاكمة فيها، حاضراً كان الموكل أوغائبا ، صحيحا أومريضا ، وبه قال مالك وابن أبى ليلى وأبو يوسف ومحمد والشافعى وقال أبو حنيفة : للخصم أن يمتنع من محاكمة الوكيل إذا كان الموكل حاضراً لان حضوره بمجلس الحكم ومخاصمته حق لخصمه عليه . فلم يكن له نقله إلى غيره بغير رضاء خصمه كالدين عليه .

ولنا أنه حق تجوز النيابة فيه . فكان لصاحبه الاستنابة بغير رضاء خصمه

كحال غيبته ومرضه وكدفع المال الذي عليه ، ولأنه اجماع الصحابة رضي الله عنهم فان عليا رضي الله عنه وكل عقيلا عند أبي بكر رضي الله عنه ، وقال « ما قضي له فلي وما قضي عليه فعلي » ووكل عبد الله بن جعفر عند عثمان وقال « ان للخصومة قحما ؛ وان الشيطان ليحضرها ، واني لأكره أن أحضرها » .

قال أبو زياد : القحم المهالك ، وهذه قصص انتشرت ، لأنها في مظنة الشهرة فلم ينقل إنكارها ، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك ، فانه قد يكون له حق أو يدعى عليه ولا يحسن الخصومه أو لا يحب أن يتولاها بنفسه ، ويجوز التوكيل في الاقرار ، ولأصحاب الشافعي وجهان أحدهما لا يجوز التوكيل فيه لأنه إخبار بحق فلم يجز التوكيل فيه كالشهادة .

ولنا أنه إثبات حق في الذمة بالقول ، فجاز التوكيل فيه كالبيع ، وفارق الشهادة فانها لا تثبت الحق ، وانما هو اخبار بثبوته على غيره .

فصل

ولا يصح التوكيل في الشهادة ، لأنها تتعلق بعين الشاهد لكونها خبراً عما رآه أو سمعه ، ولا يتحقق هذا المعنى في نائبه ، وان استناب فيها كان النائب شاهداً على شهادته ، لكونه يؤدي ما سمعه من شاهد الأصل وليس بوكيل ، ولا يصح في الأيمان والنذور ، لأنها تتعلق بعين الحالف والناذر ، فأشبهت العبادات البدنية والحدود ، ولا يصح في الايلاء والقسامه واللعان لأنها أيمان ، ولا في القسم بين الزوجات ، لأنه يتعلق ببدن الزوج لأمر لا يوجد من غيره ، ولا في الرضاع ، لأنه يختص بالمرضعة والمرتضع لأمر يختص بإنبات لحم المرتضع وانشاز عظمه بلبن المرضعة ؛ ولا في الظهار ، لأنه قول منكر وزور ، فلا يجوز فعله ولا الاستنابة فيه ، ولا يصح في الغصب لأنه محرم : ولا في الجنايات لذلك ، ولا في كل محرم ، لانه لا يجوز له فعله ، فلم يجز لنائبه .

(فصل) فأما حقوق الله تعالى فما كان منها حداً كحد الزنا ، والسرقة : جاز التوكيل في استيفائه ، لان النبي صلى الله عليه وسلم قال « اغد يا أنيس الى امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها ، فغدا عليها أنيس فاعترفت فأمر بها فرجمت » متفق عليه « وأمر النبي صلى الله عليه وسلم برجم ماعز فرجموه » ووكل عثمان علياً

فى اقامة حد الشرب على الوليد بن عقبة » ووكل على الحسن فى ذلك فأبى الحسن فوكل عبد الله بن جعفر فأقامه وعلى يعد ، رواه مسلم ، ولأن الحاجة تدعو الى ذلك ، لان الامام لا يمكنه تولى ذلك بنفسه ، ويجوز التوكيل فى اثباتها .

وقال أبو الخطاب : لا يجوز فى اثباتها ، وهو قول الشافعى : لأنها تسقط بالشبهات ، وقد أمرنا بدرئها بها ، والتوكيل يوصل الى الايجاب .

ولنا حديث أنيس ، فان النبى صلى الله عليه وسلم وكله فى اثباته واستيفائه جميعا فانه قال « فان اعترفت فارجمها » وهذا يدل على أنه لم يكن ثبت ، وقد وكله فى اثباته واستيفائه جميعا ، ولان الحاكم اذا استناب دخل فى ذلك الحدود فاذا دخلت فى التوكيل بطريق العموم وجب أن تدخل بالتخصيص بها أولى ، والوكيل يقوم مقام الموكل فى درئها بالشبهات .

وأما العبادات فما كان منها له تعلق بالمال كالزكاة والصدقات والمنذورات والكفارات جاز التوكيل فى قبضها وتفريقها ويجوز للمخرج التوكيل فى اخراجها ودفعها الى مستحقها ، ويجوز أن يقول لغيره أخرج زكاة مالى من مالك ، لان النبى صلى الله عليه وسلم بعث عماله لقبض الصدقات وتفريقها . وقال لمعاذ حين بعثه الى اليمن « أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم ، فان هم أطاعوك بذلك فاياك وكرائم أموالهم . واتق دعوة المظلوم فانه ليس بينها وبين الله حجاب » متفق عليه ، ويجوز التوكيل فى الحج اذا آيس المحجوج عنه من الحج بنفسه ، وكذلك العمرة ، ويجوز أن يستناب من يحج عنه بعد الموت .

وأما العبادات البدنية المحضة كالصلاة والصيام والطهارة من الحدث فلا يجوز التوكيل فيها لانها تتعلق ببدن من هى عليه فلا يقوم غيره مقامه فيها الا أن الصيام المنذور يفعل عن الميت ، وليس ذلك بتوكيل ، لأنه لم يوكل فى ذلك ولا وكل فيه غيره ، ولا يجوز فى الصلاة الا فى ركعتى الطواف تبعا للحج ، وفى فعل الصلاة المنذورة ، وفى الاعتكاف المنذور عن الميت روايتان ، ولا تجوز الاستنابة فى الطهارة الا فى صب الماء وايصال الماء للأعضاء ، وفى تطهير النجاسه عن البدن والثوب وغيرها .

(فصل) وكل ما جاز التوكيل فيه جاز استيفاؤه فى حضرة الموكل وغيبته ونص عليه أحمد ، وهـذا مذهب مالك ، وقال بعض أصحابنا . لا يجوز استيفاء القصاص وحـد القذف فى غيبة الموكل ، أومأ اليه أحمد ، وهو قول أبى حنيفة وبعض الشافعية ، لأنه يحتمل أن يعفو الموكل فى حالة غيبته فيسقط ، وهذا الاحتمال شبهة تمنع الاستيفاء ، ولأن العفو مندوب اليه ، فإذا حضر احتمل أن يرحمه فيعفو ، والأول ظاهر المذهب ، لأن ما جاز استيفاؤه فى حضرة الموكل جاز فى غيبته ، كالحدود وسائر الحقوق واحتمال العفو بعيد ، والظاهر أنه لو عفا لبعث وأعلم وكيله بعفوه ، والاصل عدمه ، فلا يؤثر ، ألا ترى أن قضاة رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يحكمون فى البلاد ، ويقيمون الحدود التى تدرأ بالشبهات مع احتمال النسخ ؟ وكذلك لا يحتاط فى استيفاء الحدود باحضار الشهود مع احتمال رجوعهم عن الشهادة أو تغير اجتهاد الحاكم .

فصـل

ولا تصح الوكالة إلا بالايجاب والقبول لأنه عقد تعلق به حق كل واحد منهما فافتقر الى الايجاب والقبول ، كالبيع . ويجوز الايجاب بكل لفظ دل على الاذن نحو أن يأمره بفعل شيء ، أو يقول : أذنت لك فى فعله ، فان النبى صلى الله عليه وسلم وكل عروة بن الجعد فى شراء شاة بلفظ الشراء ، وقال الله تعالى مخبراً عن أهل الكهف أنهم قالوا (فابعثوا أحدكم بورقكم هذه الى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاما فليأتكم برزق منه) ولانه لفظ دال على الاذن ، فجرى مجرى قوله : وكلتك ويجوز القبول بقوله قبلت ، وكل لفظ دل عليه ، ويجوز بكل فعل دل على القبول نحو أن يفعل ما أمره بفعله ، لان الذين وكلهم النبى صلى الله عليه وسـلم لم ينقل عنهم سوى امتثال أمره ، ولانه اذن فى التصرف فجاز القبول فيه بالفعل ، كأكل الطعام ، ويجوز القبول على الفور والتراخى ، نحو أن يبلغه أن رجلا وكله فى بيع شيء منذ سـنة فيبيعه ، أو يقول : قبلت أو يأمره بفعل شيء فيفعله بعد مدة طويلة ، لان قبول وكلاء النبى صلى الله عليه وسلم لوكالته كان بفعلهم ، وكان متراخيا عن توكيله اياهم ، ولانه إذن فى التصرف والاذن قائم مالم يرجع عنه ، فأشبه الاباحة ، وهذا كله مذهب الشافعى .

فصـــل

ويجوز تعليقها على شرط ، نحو قوله : اذا قدم الحاج فبع هذا الطعام ، وإذا جاء الشتاء فاشتر لنا لحما ، وإذا جاء الأضحى فاشتر لنا أضحية ، وإذا طالب منك أهلي شيئاً فادفعه إليهم ، وإذا دخل رمضان فقد وكلتك فى هذا ، أو فأنت وكيلي ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : لا يصح ، لكن إن تصرف صح تصرفه لوجود الاذن ، وإن كان وكيلا بجعل فسد المسمى ، وله أجر المثل ، لأنه عقد يملك به التصرف فى الحياة فأشبه البيع .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أميركم زيد فإن قتل فجعفر فإن قتل فعبد الله بن رواحة » وهذا فى معناه ؛ ولأنه عقد اعتبر فى حق الوكيل حكمه ، وهو إباحة التصرف وصحته فكان صحيحا ، كما لو قال : أنت وكيلي فى بيع عبدى إذا قدم الحاج ؛ ولأنه لو قال : وكلتك فى شراء كذا فى وقت كذا صح بلا خلاف ، ومحل النزاع فى معناه ، ولأنه اذن فى التصرف أشــــبه الوصية والتأمير ولأنه عقد يصح بغير جعل ؛ ولا يختص فاعله بكونه من أهل القربة ، فصح بالجعل كالتوكيل الناجز .

(فصل) ويجوز التوكيل بجعل وغير جعل فإن النبي صلى الله عليه وسلم وكل أنيسا فى اقامة الحد وعروة فى شراء شاة ، وعمراً وأبا رافع فى قبول النكاح بغير جعل ، وكان يبعث عماله لقبض الصــــدقات ويجعل لهم عمالة ، ولهذا قال له أبناء عمه « لو بعثتنا على هذه الصدقات ، فنؤدى اليك ما يؤدى الناس ، ونصيب ما يصيبه الناس ؟ يعنيان العمالة ، فإن كانت بجعل استحق الوكيل الجعل بتسليم ما وكل فيه الى الموكل ان كان مما يمكن تسليمه ، كثوب ينسجه أو يقصره أو يخيطه ، فمتى سلمه الى الموكل معمولا فله الاجر ، وان كان الخياط فى دار الموكل فكلما عمل شيئا وقع مقبوضا ، فيستحق الوكيل الجعل اذا فرغ الخياط من الخياطة ، وان وكل فى بيع أو شراء أو حج استحق الاجر اذا عمله ، وان لم يقبض الثمن فى البيع ، وان قال : اذا بعت الثوب وقبضت ثمنه وسلمته الى فلك الاجر . لم يستحق منها شيئا حتى يسلمه اليه فإن فاته التسليم لم يستحق شيئا لفوات الشرط .

(فصل) ولا تصح الوكالة الا فى تصرف معلوم فإن قال : وكلتك فى كل شيء ؛ أو فى كل قليل وكثير : أو فى كل تصرف يجوز لى : أو فى كل مالى التصرف فيه لم يصح ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ، وقال ابن أبى ليلى : يصح ، ويملك به كل ما تناوله لفظه ؛ لانه لفظ عام فصح فيما يتناوله كما لو قال : بع مالى كله .

ولنا أن فى هذا غرراً عظيما وخطراً كبيراً ، لانه تدخل فيه هبة ماله وطلاق نسائه واعتاق رقيقه وتزوج نساء كثيرة ؛ ويلزمه المهور الكثيرة والاثمان العظيمة ، فيعظم الضرر ؛ وان قال : اشتر لى ما شئت لم يصح . لانه قد يشترى ما لا يقدر على ثمنه ، وقد روى عن احمد ما يدل على صحته لقوله فى رجلين قال كل واحد منهما لصاحبه ما اشتريت من شيء فهو بيننا ؛ انه جائز وأعجبه . ولان الشريك والمضارب وكيلان فى شراء ما شاء ، فعلى هذا ليس له ان يشترى الا بثمن المثل فما دون ، ولا يشترى ما لا يقدر الموكل على ثمنه ، ولا ما لا يرى المصلحة له فى شرائه ؛ وان قال : بع مالى كله واقبض ديونى كلها صح لانه قد يعرف ماله وديونه ، وان قال . بع ماشئت من مالى واقبض ما شئت من ديونى جاز : لانه اذا جاز التوكيل فى الجميع ففى بعضه اولى ، وان قال . اقبض دينى كله وما يتجدد فى المستقبل صح . وقال أصحاب الشافعى . اذا قال . بع ما شئت من مالى لم يجز . وان قال . من عبيدى جاز لانه محصور بالجنس .

ولنا أن ما جاز التوكيل فى جميعه جاز فى بعضه كعبده ، وان قال . اشتر لى عبدا تركيا أو ثوبا هرويا صح ، وان قال . اشتر لى عبداً ، او قال ثوبا ولم يذكر جنسه صح ايضا ، وقال ابو الخطاب . لا يصح ، وهو مذهب الشافعى . لأنه مجهول .

ولنا انه توكيل فى شراء عبد فلم يشترط ذكر نوعه كالقراض .

ولا يشترط ذكر قدر الثمن . ذكره القاضى ، وقال ابو الخطاب ، لا يصح حتى يذكر قدر الثمن ، وهو احد الوجهين لأصحاب الشافعى . لان العبيد تتفاوت من الجنس الواحد . وانما تتميز بالثمن .

ولنا أنه اذا ذكر نوعا فقد أذن فى أغلاه ثمنا فيقل الغرر ، ولأن تقدير الثمن يضر ، فإنه قد لا يجد بقدر الثمن ومن اعتبر ذكر الثمن جوز أن يذكر له أكثر الثمن وأقله .

(فصل) واذا وكل وكيلين فى تصرف وجعل لكل واحد الانفراد بالتصرف فله ذلك ، لانه مأذون له فيه فإن لم يجعل له ذلك فليس لأحدهما الانفراد به لانه لم يأذن له فى ذلك . وانما يجوز له ما أذن فيه موكله ، وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى . وان وكلهما فى حفظ ماله حفظاه معا فى حرز لهما لان قوله افعلا كذا يقتضى اجتماعهما على فعله ، وهو مما يمكن فتعلق بهما . وفارق هذا قوله . بعتكما ، حيث كان منقسما بينهما لانه لا يمكن كون الملك لهما على الاجتماع فانقسم بينهما فان غاب أحد الوكيلين لم يكن للآخر أن يتصرف : ولا للحاكم ضم أمين اليه ليتصرفا لان الموكل رشيد جائز التصرف لا ولاية للحاكم عليه فلا يضم الحاكم وكيلا له بغير أمره ، وفارق ما لو مات أحد الوصيين ، حيث يضيف الحاكم الى الوصى أمينا ليتصرف ، لكون الحاكم له النظر فى حق الميت واليتيم ، ولهذا لو لم يوص الى أحد أقام الحاكم أمينا فى النظر لليتيم ، وان حضر الحاكم أحد الوكيلين والآخر غائب وادعى الوكالة لهما وأقام بينة سمعها الحاكم ، وحكم بثبوت الوكالة لهما ، ولم يملك الحاضر التصرف وحده فاذا حضر الآخر تصرفا معاً ولا يحتاج الى اعادة البينة لان الحاكم سمعها لهما مرة .

فان قيل . هذا حكم للغائب ، قلنا . يجوز تبعا لحق الحاضر كما يجوز أن يحكم بالوقف الذى يثبت لمن لم يخلق لأجل من يستحقه فى الحال ، كذا هنا ، وان جحد الغائب الوكالة أو عزل نفسه لم يكن للآخر أن يتصرف . وبما ذكرناه قال أبو حنيفة والشافعى ، ولا نعلم فيه خلافا وجميع التصرفات فى هذا سواء . وقال أبو حنيفة : اذا وكلهما فى خصومة فلكل واحد منهما الانفراد بها .

ولنا أنه لم يرض بتصرف أحدهما أشبه البيع والشراء .

« مسألة » قال (وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل فيه الا أن يجعل ذلك اليه)

لا يخلو التوكيل من ثلاثة أحوال :

أحدها ، أن ينهى الموكل وكيله عن التوكيل فلا يجوز له ذلك بغير خلاف لأن ما نهاه عنه غير داخل فى إذنه فلم يجز كما لو لم يوكله .

الثانى : أذن له فى التوكيل فيجوز له ذلك ، لأنه عقد أذن له فيه فكان له فعله كالتصرف المأذون فيه ، ولا نعلم فى هذين خلافا . وإن قال له : وكلتك فاصنع ما شئت فله أن يوكل ، وقال أصحاب الشافعى . ليس له التوكيل فى أحد الوجهين لأن التوكيل يقتضى تصرفا يتولاه بنفسه ، وقوله اصنع ما شئت : يرجع إلى ما يقتضيه التوكيل من تصرفه بنفسه .

ولنا أن لفظه عام فيما شاء فيدخل فى عمومه التوكيل .

الثالث : أطلق الوكالة ، فلا يخلو من أقسام ثلاثة .

أحدها : أن يكون العمل مما يرتفع الوكيل عن مثله ، كالأعمال الدنية فى حق أشراف الناس المرتفعين عن فعلها فى العادة ، أو يعجز عن عمله لكونه لا يحسنه أو غير ذلك فإنه يجوز له التوكيل فيه لأنه إذا كان مما لا يعلمه الوكيل عادة انصرف الإذن إلى ما جرت به العادة من الاستنابة فيه .

القسم الثانى : أن يكون مما يعمله بنفسه إلا أنه يعجز عن عمله كله لكثرته وانتشاره ، فيجوز له التوكيل فى عمله أيضاً لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل ، لجاز التوكيل فى فعل جميعه ، كما لو أذن فى التوكيل بلفظه ، وقال القاضى : عندى أنه إنما له التوكيل فيما زاد على ما يتمكن من عمله بنفسه لأن التوكيل انما جاز للحاجة ، فاختص ما دعت إليه الحاجة بخلاف وجود إذنه فانه مطلق ، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين .

القسم الثالث : ما عدا هذين القسمين ، وهو ما يمكنه عمله بنفسه ولا يترفع عنه . فهل يجوز له التوكيل فيه ؟ على روايتين .

إحداهما : لا يجوز . نقلها ابن منصور ، وهو مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف والشافعى ، لأنه لم يأذن له فى التوكيل ولا تضمنه إذنه فلم يجز كما لو نهاه ، ولأنه استئمان فيما يمكنه النهوض فيه . فلم يكن له أن يوليه لمن لم يأمنه عليه كالوديعة .

والأخرى : يجوز ، نقلها حنبل وبه قال ابن أبي ليلى : إذا مرض أو غاب ، لأن الوكيل له أن يتصرف بنفسه فملكه نيابة كالمالك ، والأول أولى ، ولا يشبه الوكيل المالك ، فإن المالك يتصرف بنفسه فى ملكه كيف شاء بخلاف الوكيل .

فصل

وكل وكيل جاز له التوكيل فليس له أن يوكل إلا أمينا . لأنه لا نظر للموكل فى توكيل من ليس بأمين ، فيقيد جواز التوكيل بما فيه الحظ والنظر كما أن الإذن فى البيع يتقيد بالبيع بثمن المثل إلا أن يعين له الموكل من يوكله فيجوز توكيله ، وإن لم يكن أمينا . لأنه قطع نظره بتعيينه ، وإن وكل أمينا وصار خائنا فعليه عزله لأن تركه يتصرف مع الخيانة تضييع وتفريط ، والوكالة تقتضى استئمان أمين ، وهذا ليس بأمين فوجب عزله .

(فصل) والحكم فى الوصي يوكل فيما أوصى به إليه ، وفى الحاكم يولى القضاء فى ناحية يستنيب غيره . حكم الوكيل فيما ذكرنا من التفصيل ، إلا أن المنصوص عن احمد فى رواية مهنا : جواز ذلك : وهو قول الشافعي فى الوصي ، لأن الوصي يتصرف بولاية بدليل أنه يتصرف فيما لم ينص له على التصرف فيه ، والوكيل لا يتصرف إلا فيما نص له عليه ، والجمع بينهما أولى . لأنه متصرف فى مال غيره بالاذن فأشبه الوكيل ، وإنما يتصرف فيما اقتضته الوصية كالوكيل إنما يتصرف فيما اقتضته الوكالة :

(فصل) فأما الولي فى النكاح فله التوكيل فى تزويج موليته بغير إذنها أبا كان أو غيره ، وقال القاضي فيمن ولايته غير ولاية الاجبار : هو كالوكيل يخرج على الروايتين المنصوص عليهما فى الوكيل ، ولأصحاب الشافعي فيه وجهان . أحدهما . لا يملك التوكيل إلا بإذنها لأنه لا يملك التزويج إلا بإذنها أشبه الوكيل. ولنا أن ولايته من غير جهتها . فلم يعتبر إذنها فى توكيله فيها كالأب ، بخلاف الوكيل ، ولأنه متصرف بحكم الولاية الشرعية أشبه الحاكم ، ولأن الحاكم يملك تفويض عقود الأنكحة إلى غيره بغير إذن النساء ، فكذلك الولي ، وما ذكروه يبطل بالحاكم ، والذى يعتبر إذنها فيه : هو غير ما يوكل فيه بدليل أن الوكيل لا يستغني عن إذنها له فى التزويج أيضا فهو كالموكل فى ذلك .

(فصل) إذا أذن الموكل فى التوكيل فوكل ، كان الوكيل الثانى وكيلا للموكل لأنه لا ينعزل بموت الوكيل الأول ولا عزله ، ولا يملك الأول عزل الثانى ، لانه ليس بوكيله ، وإن أذن له أن يوكل لنفسه جاز ، وكان وكيلا للموكل ينعزل بموته وعزله إياه ، وإن مات الموكل أو عزل الاول انعزلا جميعاً ، لانهما فرعان له لكن أحدهما فرع للآخر ، فذهب حكمهما بذهاب أصلهما ، وإن وكل من غير أن يؤذن له فى التوكيل نطقاً ، بل وجد عرفا ، أو على الرواية التى أجزنا له التوكيل من غير إذن ، فالثانى وكيل الوكيل الاول . حكمه حكم ما لو أذن له أن يوكل لنفسه .

(فصل) إذا وكل رجلا فى الخصومة لم يقبل إقراره على موكله بقبض الحق ولا غيره ، وبه قال مالك والشافعى وابن أبى ليلى ، وقال ابو حنيفة ومحمد : يقبل إقراره فى مجلس الحكم فيما عدا الحدود والقصاص ، وقال ابو يوسف . يقبل إقراره فى مجلس الحكم وغيره ، لان الإقرار احد جوابى الدعوى فصح من الوكيل كالإنكار .

ولنا ان الاقرار معنى يقطع الخصومة وينافيها ، فلا يملكه الوكيل فيها كالابراء ، وفارق الإنكار . فإنه لا يقطع الخصومة ، ويملكه فى الحدود والقصاص ، وفى غير مجلس الحاكم ، ولان الوكيل لا يملك الإنكار على وجه يمنع الموكل من الإقرار ، فلوملك الإقرار لامتنع على الموكل الإنكار فافترقا ، ولا يملك المصالحة عن الحق ، ولا الإبراء منه بغير خلاف نعلمه لان الإذن فى الخصومة لا يقتضى شيئاً من ذلك ، وإن أذن له فى تثبيت حق لم يملك قبضه ، وبه قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة . يملك قبضه . لان المقصود من التثبيت قبضه وتحصيله .

ولنا ان القبض لا يتناوله الإذن نطقا ولا عرفا ، اذ ليس كل من يرضاه لتثبيت الحق يرضاه لقبضه ، وإن وكله فى قبض حق فجحد من عليه الحق كان وكيلا فى تثبيته عليه فى أحد الوجهين ، وبه قال أبو حنيفة : والآخر . ليس له ذلك ، وهو احد الوجهين لأصحاب الشافعى لانهما معنيان مختلفان . فالوكيل فى أحدهما لا يكون وكيلا فى الآخر ، كما لا يكون وكيلا فى القبض بالتوكيل فى الخصومة .

ووجه الأول : أنه لا يتوصل إلى القبض إلا بالتثبيت فكان إذناً فيه عرفاً ، ولأن القبض لا يتم إلا به فلمكه ، كما لو وكل فى شراء شىء ملك وزن ثمنه أو فى بيع شىء ملك تسليمه ، ويحتمل أنه ان كان الموكل عالما بجحد من عليه الحق أو مطله كان توكيلا فى تثبيته والخصومة فيه لعلمه بوقوف القبض عليه ، وان لم يعلم ذلك لم يكن توكيلا فيه لعدم علمه بتوقف القبض عليه ، ولا فرق بين كون الحق عيناً أو ديناً ، وقال بعض أصحاب أبى حنيفة : إن وكله فى قبض عين لم يملك تثبيتها ، لأنه وكيل فى نقلها ، أشبه الوكيل فى نقل الزوجة

ولنا أنه وكيل فى قبض حق فأشبه الوكيل فى قبض الدين ، وما ذكروه يبطل بالتوكيل فى قبض الدين ، فإنه وكيل فى قبضه ونقله إليه

(فصــــل)

وان وكله فى بيع شىء ملك تسليمه ، لأن اطلاق التوكيل فى البيع يقتضى التسليم لكونه من تمامه ، ولم يملك الإبراء من ثمنه وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : يملكه

ولنا أن الإبراء ليس من البيع ولا من تتمته ، فلا يكون التوكيل فى البيع توكيلا فيه كالإبراء من غير ثمنه . وأما قبض الثمن فقال القاضى وأبو الخطاب لا يملك وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، لأنه قد يوكل فى البيع من لا يأمنه على قبض الثمن ، فعلى هذا ان تعذر قبض الثمن من المشترى لم يلزم الوكيل شىء ، ويحتمل أن يملك قبض الثمن ، لأنه من موجب البيع فملكه الوكيل فيه كتسليم المبيع ، فعلى هذا ليس له تسليم المبيع الا بقبض الثمن أو حضوره ، وان سلمه قبل قبض ثمنه ضمنه والأولى أن ينظر فيه ، فإن دلت قرينة الحال على قبض الثمن مثل توكيله فى بيع ثوب فى سوق غائب عن الموكل ، أو موضع يضيع الثمن بترك قبض الوكيل له كان اذنا فى قبضه ، ومتى ترك قبضه كان ضامنا له ، لأن ظاهر حال الموكل أنه انما أمره بالبيع لتحصيل ثمنه فلا يرضى بتضييعه ، ولهذا يعد من فعل ذلك مضيعا مفرطا وان لم تدل القرينة على ذلك لم يكن له قبضه

(فصل) وان وكله فى بيع شىء أو طلب الشفعة أو قسم شىء ففيه وجهان : أحدهما يملك تثبيته ، وهو قول أبى حنيفة فى القسمة وطلب الشفعة ، لأنه

لايتوصل الى ماوكله فيه الا بالتثبيت : والثانى لا يملكه ، وهو قول بعض أصحاب الشافعى ، لأنه يمكن أحـــدهما دون الآخر ، فلم يتضمن الاذن فى أحدهما الاذن فى الآخر

(فصـل) وان وكله فى شراء شيء ملك تسليم ثمنه لانه من تتمته وحقوقه ، فهو كتسليم المبيع فى البيع ، والحكم فى قبض المبيع كالحكم فى قبض الثمن فى المبيع على ما مضى من القول فيه ، فإن اشترى عبداً ونقد ثمنه فخرج العبد مستحقا فهل يملك أن يخاصم البائع فى الثمن ؟ على وجهين ، فإن اشترى شيئا وقبضه وأخر تسليم الثمن لغير عذر فهلك فى يده فهو ضامن له ، وان كان له عذر مثل أن ذهب لينقده فهلك أو نحو ذلك فلا ضمان عليه ، نص عليه أحمد ، لانه مفرط فى امساكه كما فى الصورة الاولى دون الثانية فلذلك لزمه الضمان : بخلاف ما اذا لم يفرط

(فصـــل)

واذا وكله فى قبض دين من رجل فمات نظرت فى لفظه ، فإن قال اقبض حقى من فلان لم يكن له قبضه من وارثه ، لانه لم يؤمر بذلك ، وان قال اقبض حقى الذى قبل فلان أو على فلان ، فله مطالبه وارثه والقبض ، لان قبضه من الوارث قبض للحق الذى على موروثه

فإن قيل : فلو قال اقبض حقى من زيد فوكل زيد انسانا فى الدفع اليه كان له القبض منه ، والوارث نائب الموروث ، فهو كوكيله

قلنا ان الوكيل اذا دفع عنه بإذنه جرى مجرى تسليمه ، لانه أقامه مقام نفسه وليس كذلك ههنا ، فان الحق انتقل الى الورثة فاستحقت المطالبه عليهم لا بطريق النيابة عن الموروث ، ولهذا لو حلف لا يفعل شيئا حنث بفعل وكيله له ، ولا يحنث بفعل وارثه

« مسألة » قال (واذا باع الوكيل ثم ادعى تلف الثمن من غير تعد فلا ضمان عليه ، فان اتهم حلف)

اذا اختلف الوكيل والموكل لم يخل من ستة أحوال

أحدها أن يختلفا فى التلف : فيقول الوكيل تلفـــ مالك فى يدى أو الثمن

الذي قبضته ثمن متاعك تلف في يدى فيكذبه الموكل ، فالقول قول الوكيل مع يمينه لأنه أمين ، وهذا مما يتعذر إقامة البينه عليه ، فلا يكلف ذلك كالمودع ، وكذلك كل من كان في يده شيء لغيره على سبيل الأمانة ، كالأب والوصي وأمين الحاكم والمودع والشريك والمضارب والمرتهن والمستأجر والأجير المشترك ؛ وإنما كان كذلك لأنه لو كلف ذلك مع تعذره عليه لامتنع الناس من الدخول في الأمانات مع الحاجة اليها فيلحقهم الضرر

قال القاضي : إلا أن يدعي التلف بأمر ظاهر كالحريق والنهب وشبههما ، فعليه إقامة البينة على وجود هذا الأمر في تلك الناحية ثم يكون القول قوله في تلفها بذلك ، وهذا قول الشافعي لان وجود الامر الظاهر مما لا يخفى فلا تتعذر إقامة البينة عليه

الحال الثانية : أن يختلفا في تعدي الوكيل أو تفريطه في الحفظ ومخالفته أمر موكله ، مثل أن يدعي عليه أنك حملت على الدابة فوق طاقتها أو حملت عليها شيئا لنفسك ، أو فرطت في حفظها أو لبست الثوب أو أمرتك برد المال فلم تفعل ونحو ذلك فالقول قول الوكيل أيضا مع يمينه ، لما ذكرنا في الذي قبله ، ولأنه منكر لما يدعي عليه والقول قول المنكر

ومتى ثبت التلف في يده من غير تعديه ، اما لقبول قوله واما باقرار موكله أو ببينة فلا ضمان عليه ، وسواء تلف المتاع الذي أمر ببيعه أو باعه وقبض ثمنه فتلف الثمن . وسواء كان بجعل أو بغير جعل . لانه نائب المالك في اليد والتصرف فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد المالك . وجرى مجرى المودع والمضارب وشبههما وان تعدى أو فرط ضمن . وكذلك سائر الامناء ، ولو باع الوكيل سلعة وقبض ثمنها فتلف من غير تعد واستحق المبيع رجع المشتري بالثمن على الموكل دون الوكيل . لان المبيع له فالرجوع بالعهدة عليه كما لو باع بنفسه

الحال الثالثة : أن يختلفا في التصرف فيقول الوكيل : بعت الثوب وقبضت الثمن فتلف ، فيقول الموكل : لم تبع ولم تقبض . أو يقول . بعت ولم تقبض شيئا فالقول قول الوكيل ، ذكره ابن حامد وهو قول أصحاب الرأي . لانه يملك البيع والقبض فيقبل قوله فيهما . كما يقبل قول ولي المرأة المجبرة على النكاح في تزويجها . ويحتمل أن لا يقبل قوله . وهو أحد القولين لأصحاب الشافعي . لانه

يقر بحق لغيره على موكله : فلم يقبل ، كما لو أقر بدين عليه ، وان وكل فى شراء عبد فاشتراه واختلفا فى قدر ما اشتراه به فقال : اشتريته بألف ، وقال : بل اشتريته بخمسمائة ، فالقول قول الوكيل ، لما ذكرناه .

وقال القاضى : القول قول الموكل ، إلا أن يكون عين له الشراء بما ادعاه فقال : اشتر لى عبداً بألف فادعى الوكيل أنه اشتراه بذلك ، فالقول قول الوكيل إذاً ، والا فالقول قول الموكل ، لأن من كان القول قوله فى أصل شىء ، كان القول قوله فى صفته ، وللشافعى قولان كهذين الوجهين ، وقال أبو حنيفة : إن كان الشراء فى الذمة ، فالقول قول الموكل ، لأنه غارم مطالب بالثمن ، وان اشترى بعين المال فالقول قول الوكيل لكونه الغارم ، فإنه يطالبه برد ما زاد على خمس المائة .

ولنا أنهما اختلفا فى تصرف الوكيل فكان القول قوله ، كما لو اختلفا فى البيع ولأنه أمين فى الشراء فكان القول قوله فى قدر ثمن المشترى كالمضارب ، وكما لو قال له اشتر بألف عند القاضى .

الحال الرابعة : أن يختلفا فى الرد فيدعيه الوكيل فينكره الموكل ، فإن كان بغير جعل فالقول قول الوكيل ، لأنه قبض المال لنفع مالكه ، فكان القول قوله كالمودع ، وان كان بجعل ففيه وجهان :

أحدهما : أن القول قوله ، لأنه وكيل فكان القول قوله كالأول .

والثانى : لا يقبل قوله ، لأنه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله فى الرد ، كالمستعير : وسواء اختلفا فى رد العين أو رد ثمنها .

وجملة الأمناء على ضربين :

أحدهما : من قبض المال لنفع مالكه لا غير ، كالمودع والوكيل بغير جعل ، فيقبل قولهم فى الرد ، لأنه لو لم يقبل قولهم لامتنع الناس من قبول هذه الأمانات فيلحق الناس الضرر .

الثانى : من ينتفع بقبض الأمانة ، كالوكيل بجعل والمضارب والأجير المشترك والمستأجر والمرتهن ، ففيهم وجهان ، ذكرهما أبو الخطاب ، وقال القاضى : لا يقبل قول المرتهن والمستأجر والمضارب فى الرد ، لأن أحمد نص عليه فى المضارب فى رواية ابن منصور ، ولأن من قبض المال لنفع نفسه لا يقبل قوله

فى الرد ، ولو أنكر الوكيل قبض المال ، ثم ثبت ذلك ببينة أو اعتراف فادعى الرد أو التلف لم يقبل قوله ، لأن خيانته قد ثبتت بجحده ، فإن أقام بينة بما ادعاه من الرد أو التلف ، فهل تقبل بينته ؟ على وجهين .

أحدهما : لا تقبل ، لأنه كذبها بجحده ، فان قوله ما قبضت يتضمن أنه لم يرد شيئاً .

والثانى : تقبل ، لانه يدعى الرد والتلف قبل وجود خيانته ، وان كان جحوده انك لا تستحق على شيئاً ، أو مالك عندى شىء ، سمع قوله مع يمينه ، لأن جوابه لا يكذب ذلك ، فانه اذا كان قد تلف أو رد فليس له عنده شىء ، فلا تنافى بين القولين ، الا أن يدعى أنه رده أو تلف بعد قوله : مالك عندى شىء ، فلا يسمع قوله أيضا ، لثبوت كذبه وخيانته .

الحال الخامس : إذا اختلفا فى أصل الوكالة فقال : وكلتنى ، فأنكر الموكل ، فالقول قول الموكل ، لان الاصل عدم الوكالة ، فلم يثبت أنه أمينه ليقبل قوله عليه ولو قال : وكلتك ودفعت إليك مالا ، فأنكر الوكيل ذلك كله ، أو اعترف بالتوكيل وأنكر دفع المال اليه ، فالقول قوله لذلك ، ولو قال رجل لآخر : وكلتنى أن أتزوج لك فلانة بصداق كذا ففعلت وادعت المرأة ذلك ، فأنكر الموكل ، فالقول قوله ، نص عليه أحمد فقال : ان أقام البينة والا لم يلزم الآخر عقد النكاح .

قال أحمد : ولا يستحلف ، قال القاضى : لأن الوكيل يدعى حقاً لغيره ، فأما إن ادعته المرأة فينبغي أن يستحلف ، لأنها تدعى الصداق فى ذمته فاذا حلف لم يلزمه الصداق ، ولم يلزم الوكيل منه شىء ، لان دعوى المرأة على الموكل ، وحقوق العقد لا تتعلق بالوكيل . ونقل اسحاق بن ابراهيم عن أحمد : أن الوكيل يلزمه نصف الصداق . لان الوكيل فى الشراء ضامن للثمن وللبائع مطالبته به . كذا هنا والاول أولى : لما ذكرناه ، ويفارق الشراء ، لأن الثمن مقصود البائع ، والعادة تعجيله وأخذه من المتولى للشراء ، والنكاح يخالفه فى هذا كله . ولكن إن كان الوكيل ضمن المهر فلها الرجوع عليه بنصفه ، لأنه ضمنه عن الموكل وهو مقر بأنه فى ذمته ، وبهذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعى .

وقال محمد بن الحسن : يلزم الوكيل جميع الصداق لأن التفرقة لم تقع بإنكاره فيكون ثابتا فى الباطن فيجب جميع الصداق

ولنا أنه يملك الطلاق فإذا أنكر فقد أقر بتحريمها عليه فصار بمنزلة إيقاعه لما تحرم به . قال أحمد : ولا تتزوج المرأة حتى يطلق لعله يكون كاذبا فى انكاره ، وظاهر هذا تحريم نكاحها قبل طلاقها لأنها معترفة بأنها زوجة له فيؤخذ بإقرارها وإنكاره ليس بطلاق ، وهل يلزم الموكل طلاقها ؟ يحتمل أن لا يلزمه ، لأنه لم يثبت فى حقه نكاح ولو ثبت لم يكلف الطلاق ، ويحتمل أن يكلفه لازالة الاحتمال وإزالة الضرر عنها بما لا ضرر عليه فيه فأشبه النكاح الفاسد ، ولو ادعى أن فلانا الغائب وكله فى تزوج امرأة فتزوجها له ثم مات الغائب لم ترثه المرأة إلا أن يصدقه الورثة أو يثبت ببينة .

وان أقر الموكل بالتوكيل فى التزويج وأنكر أن يكون الوكيل تزوج له ، فهنا الاختلاف فى تصرف الوكيل والقول قول الوكيل فيه فيثبت التزويج هنا . وقال القاضى : لا يثبت ، وهو قول أبى حنيفة ، لأنه لا تتعذر إقامة البينة عليه لكونه لا ينعقد الا بها . وذكر أن أحمد نص عليه وأشار الى نصه فيما اذا أنكر الموكل الوكالة من أصلها

ولنا أنهما اختلفا فى فعل الوكيل ما أمر به ، فكان القول قوله ، كما لو وكله فى بيع ثوب فادعى أنه باعه أو فى شراء عبد بألف فادعى أنه اشتراه به ، وما ذكره القاضى من نص أحمد فيما اذا أنكر الموكل الوكالة فليس بنص ههنا لاختلاف أحكام الصورتين وتباينهما ، فلا يكون النص فى احداهما نصا فى الاخرى ، وما ذكره من المعنى لا أصل له فلا يعول عليه

ولو غاب رجل فجاء آخر الى امرأته فذكر أن زوجها طلقها وأبانها ووكله فى تجديد نكاحها بألف ، فأذنت فى نكاحها ، فعقد عليها وضمن الوكيل الألف ثم جاء زوجها فأنكر هذا كله فالقول قوله والنكاح الأول بحاله . وقياس ما ذكرناه أن المرأة ان صدقت الوكيل لزمه الألف ، الا أن يبينها زوجها قبل دخول الثانى بها وحكى ذلك عن مالك وزفر . وحكى عن أبى حنيفة والشافعى أنه لا يلزم الضامن شىء لأنه فرع عن المضمون عنه ولم يلزم المضمون عنه شىء فكذلك فرعه .

ولنا أن الوكيل مقر بأن الحق فى ذمة المضمون عنه وأنه ضامن عنه ، فلزمه ما أقر به ، كما لو ادعى على رجل أنه ضمن له ألفا على أجنبى فأقر الضامن بالضمان وصحته وثبوت الحق فى ذمة المضمون عنه ، وكما لو ادعى شفعة على انسان فى شقص اشتراه فأقر البائع بالبيع فأنكره المشترى ، فإن الشفيع يستحق الشفعة فى أصح الوجهين ، وان لم تدع المرأة صحة ما ذكره الوكيل فلا شيء عليه ، ويحتمل أن من أسقط عنه الضمان أسقطه فى هذه الصورة ، ومن أوجبه أوجبه فى الصورة الأخرى ، فلا يكون فيها اختلاف ، والله أعلم

الحال السادس : أن يختلفا فى صفة الوكالة . فيقول وكلتك فى بيع هذا العبد قال بل وكلتنى فى بيع هذه الجارية ، أو قال وكلتك فى البيع بألفين ، قال بل بألف أو قال وكلتك فى بيعه نقداً ، قال بل نسيئة . أو قال وكلتك فى شراء عبد ، قال بل فى شراء أمة ، أو قال وكلتك فى الشراء بخمسة ، قال بل بعشرة ، فقال القاضى القول قول الموكل ، وهو مذهب الشافعى وأصحاب الرأى وابن المنذر

وقال أبو الخطاب : اذا قال أذنت لك فى البيع نقداً أو فى الشراء بخمسة ، قال بل أذنت لى فى البيع نسيئه وفى الشراء بعشرة القول قول الوكيل ، نص عليه أحمد فى المضاربة : لانه أمين فى التصرف فكان القول قوله فى صفته ، كالخياط اذا قال أذنت لى فى تفصيله قباء ، قال بل قميصا

وحكى عن مالك ان أدركت السلعة فالقول قول الموكل ، وان فاتت فالقول قول الوكيل ، لانها اذا فاتت لزم الوكيل الضمان ؛ والاصل عدمه ، بخلاف ما اذا كانت موجودة ، والقول الاول أصح لوجهين

أحدهما : أنهما اختلفا فى التوكيل الذى يدعيه الوكيل والاصل عدمه . فكان القول قول من ينفيه ، كما لو لم يقر الموكل بتوكيله فى غيره .

والثانى : أنهما اختلفا فى صفة قول الموكل فكان القول قوله فى صفة كلامه ، كما لو اختلف الزوجان فى صفة الطلاق ، فعلى هذا إذا قال : اشتريت لك هذه الجارية بإذنك قال ما أذنت لك الا فى شراء غيرها ، أو قال اشتريتها لك بألفين فقال ما أذنت لك فى شرائها إلا بألف ، فالقول قول الموكل وعليه اليمين . فاذا حلف برىء من الشراء . ثم لايخلو إما أن يكون الشراء بعين المال أو فى الذمة

فإن كان بعين المال فالبيع باطل وترد الجارية على البائع إن اعترف بذلك ، وإن كذبه فى أن الشراء لغيره أو بمال غيره بغير إذنه فالقول قول البائع ، لأن الظاهر أن ما فى يد الانسان له ، فإن ادعى الوكيل علمه بذلك حلفه أنه لا يعلم أنه اشتراه بمال موكله ، لأنه يحلف على نفى فعل غيره ، فكانت يمينه على نفى العلم . فإذا حلف أمضى البيع وعلى الوكيل غرامة الثمن لموكله ودفع الثمن إلى البائع ، وتبقى الجارية فى يده ولا تحل له ، لأنه لايخلو من أن يكون صادقا فتكون للموكل أو كاذباً فتكون للبائع ، فإذا أراد استحلالها اشتراها ممن هى له فى الباطن ، فإن امتنع من بيعه إياها رفع الأمر إلى الحاكم ليرفق به ليبيعه إياها ليثبت الملك له ظاهراً وباطنا . ويصير ما ثبت له فى ذمته ثمنا قصاصا بالذى أخذ منه الآخر ظلما ، فإن امتنع الاخر من البيع لم يجبر عليه ، لأنه عقد مراضاة ، وإن قال : إن كانت الجارية لى فقد بعتكها أو قال الموكل : إن كنت أذنت لك فى شرائها بألفين فقد بعتكها ففيه وجهان :

أحدهما لا يصح ، وهو قول القاضى وبعض الشافعيه ، لأنه بيع معلق على شرط

والثانى يصح ، لأن هذا أمر واقع يعلمان وجوده فلا يضر جعله شرطا ، كما لو قال : إن كانت هذه الجارية جاريتى فقد بعتكها ، وكذا كل شرط علما وجوده فإنه لا يوجب وقوف البيع ولا شكا فيه ، فأما ان كان الوكيل اشترى فى الذمة ثم نقد الثمن صح الشراء ولزم الوكيل فى الظاهر ، فأما فى الباطن فإن كان الوكيل كاذبا فى دعواه فالجارية له ، لأنه اشتراها فى ذمته بغير أمر غيره ، وان كان صادقا فالجارية لموكله ، فإذا أراد إحلالها له توصل إلى شرائها منه كما ذكرنا ، وكل موضع كانت للموكل فى الباطن فامتنع من بيعها للوكيل فقد حصلت فى يد الوكيل وهى للموكل وفى ذمته للوكيل ثمنها ، فأقرب الوجوه أن يأذن للحاكم فى بيعها وتوفية حقه من ثمنها ، فإن كانت للوكيل فقد أذن فى بيعها ، وان كانت للموكل فقد باعها الحاكم فى إيفاء دين امتنع المدين من وفائه ، وقد قيل غير ما ذكرنا . وهذا أقرب ان شاء الله تعالى

وان اشتراها الوكيل من الحاكم بماله على الموكل جاز ، لأنه قائم مقام الموكل فى هذا فأشبه ما لو اشترى منه

(فصـــل)

ولو وكله فى بيع عبد فباعه نسيئة فقال الموكل : ما أذنت فى بيعه الا نقداً وصدقه الوكيل والمشترى فسد البيع ، وله مطالبة من شاء منهما بالعبد إن كان باقيا ، أو بقيمته ان كان تالفا ، فان أخذ القيمة من الوكيل رجع على المشترى بها لأن التلف فى يده فاستقر الضمان عليه ، وان أخذها من المشترى لم يرجع على أحد ، وان كذباه وادعيا أنه أذن فى البيع نسيئة ، فعلى قول القاضى يحلف الموكل ويرجع فى العين إن كانت قائمة ، وان كانت تالفة رجع بقيمتها على من شاء منهما ، فان رجع على المشترى رجع على الوكيل بالثمن الذى أخذه منه لا غير لانه لم يسلم له المبيع ، وان ضمن الوكيل لم يرجع على المشترى فى الحال لانه يقر بصحة البيع وتأجيل الثمن ، وأن البائع ظلمه بالرجوع عليه ، وأنه انما يستحق المطالبة بالثمن بعد الاجل ، فاذا حل الاحل رجع الوكيل على المشترى بأقل الامرين من القيمة أو الثمن المسمى ، لان القيمة ان كانت أقل فما غرم أكثر منها فلا يرجع بأكثر مما غرم ، وان كان الثمن أقل فالوكيل معترف للمشترى أنه لا يستحق عليه أكثر منه وأن الموكل ظلمه بأخذ الزائد على الثمن فلا يرجع على المشترى بما ظلمه به الموكل ، وان كذبه أحدهما دون الآخر فله الرجوع على المصدق بغير يمين ويحلف على المكذب ويرجع على حسب ما ذكرنا . هذا ان اعترف المشترى بأن الوكيل وكيل فى البيع ، وان أنكر ذلك وقال : انما بعتنى ملكك فالقول قوله مع يمينه أنه لا يعلم كونه وكيلا ، ولا يرجع عليه بشىء

(فصل) واذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهو أمانة فى يده لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ولا يضمنه بتأخيره ، لانه رضى بكونه فى يده ولم يرجع عن ذلك ، فان طلبه فأخر رده مع امكانه فتلف ضمنه ، وان وعده برده ثم ادعى أنى كنت رددته قبل طلبه أو انه كان تلف لم يقبل قوله لانه مكذب لنفسه بوعده برده . فان صدقه الموكل برىء ، وان كذبه فالقول قول الموكل ، فان أقام الوكيل بينة بذلك فهل يقبل على وجهين :

أحدهما يقبل ، لانه لو صدقه الموكل برىء ، فكذلك إذا قامت له بينة ولان البينة احدى الحجتين فبرىء بها كالاقرار

والثانى : لا يقبل . لأنه كذبه بوعده بالدفع ، أما إذا صدقه فقد أقر ببراءته فلم يبق له منازع ، وإن لم يعده برده لكن منعه أو مطله برده مع إمكانه : ثم ادعى التلف أو الرد لم يقبل قوله ، لأنه ضامن بالمنع خارج عن حال الأمانة ، وإن أقام بما ادعاه من الرد أو التلف بينة سمعت لأنه لم يكذبها .

(فصل) قال أحمد فى رواية أبى الحارث ، فى رجل له على آخر دراهم ، فبعث إليه رسولا يقبضها فبعث إليه مع الرسول ديناراً ، فضاع مع الرسول : فهو من مال الباعث لأنه لم يأمره بمصارفته : إنما كان من ضمان الباعث لأنه دفع إلى الرسول غير ما أمره به المرسل ، فإن المرسل إنما أمره بقبض ماله فى ذمته وهى الدراهم ولم يدفعها ، وإنما دفع ديناراً عوضاً عن عشرة دراهم ، وهذا صرف يفتقر إلى رضى صاحب الدين وإذنه ولم يأذن فصار الرسول وكيلا للباعث فى تأديته إلى صاحب الدين ومصارفته به ، فإذا تلف فى يد وكيله كان من ضمانه ، اللهم إلا أن يخبر الرسول الغريم أن رب الدين أذن له فى قبض الدينار عن الدراهم . فيكون حينئذ من ضمان الرسول لأنه غره وأخذ الدينار على أنه وكيل للمرسل ، وإن قبض منه الدراهم التى أمر بقبضها فضاعت من الرسول . فهى من ضمان صاحب الدين لأنها تلفت من يد وكيله ، وقال أحمد فى رواية مهنا فى رجل له عند آخر دنانير وثياب ، فبعث إليه رسولا . وقال : خذ ديناراً وثوباً فأخذ دينارين وثوبين فضاعت ، فالضمان على الباعث يعنى الذى أعطاه الدينارين والثوبين ويرجع به على الرسول ، يعنى عليه ضمان الدينار والثوب الزائدين : إنما جعل عليه الضمان لأنه دفعهما الى من لم يؤمر بدفعهما إليه ، ورجع بهما على الرسول لانه غره وحصل التلف فى يده ، فاستقر عليه الضمان .

وللموكل تضمين الوكيل . لانه تعدى بقبض ما لم يؤمر بقبضه . فإذا ضمنه لم يرجع على أحد لان التلف حصل فى يده فاستقر الضمان عليه .

وقال أحمد فى رجل وكل وكيلا فى اقتضاء دينه وغاب فأخذ الوكيل به رهنا فتلف الرهن فى يد الوكيل فقال : أساء الوكيل فى أخذ الرهن ولا ضمان عليه ، انما لم يضمنه لانه رهن فاسد . والقبض فى العقد الفاسد كالقبض فى الصحيح فما كان القبض فى صحيحه مضمونا كان مضمونا فى فاسده وما كان غير مضمون فى صحيحه

كان غير مضمون فى فاسده ، ونقل البغوى عن أحمد فى رجل أعطى آخر دراهم يشترى له بها شاة فخلطها مع دراهمه فضاعا فلا شيء عليه وان ضاع أحدهما أيهما ضاع غرمه قال القاضي: هذا محمول على أنه خلطها بما تميز منها ، ويحتمل أنه أذن له فى خلطها أما ان خلطها بما لا تتميز منه بغير اذنه ضمنها كالوديعة وانما لزمه الضمان اذا ضاع أحدهما لانه لا يعلم أن الضائع دراهم الموكل ، والاصل بقاؤها ، ومعنى الضمان ههنا أنه يحسب الضائع من دراهم نفسه فأما على المحمل الآخر وهو اذا خلطها بما تتميز منه . فإذا ضاعت دراهم الموكل وحدها فلا ضمان عليه لانها ضاعت من غير تعد منه .

« مسألة » قال (ولو أمره أن يدفع الى رجل مالا ، فادعى أنه دفعه اليه لم يقبل قوله على الآمر الا ببينة)

وجملته أن الرجل اذا وكل وكيلا فى قضاء دينه ودفع اليه مالا ليدفعه اليه فادعى الوكيل قضاء الدين ودفع المال الى الغريم لم يقبل قوله على الغريم الا ببينة لانه ليس بأمينه فلم يقبل قوله عليه فى الدفع اليه كما لو ادعى الموكل ذلك ، فإذا حلف الغريم فله مطالبة الموكل لان ذمته لا تبرأ بدفع المال الى وكيله ، فإذا دفعه فهل للموكل الرجوع على وكيله ؟ ينظر فإن ادعى أنه قضى الدين بغير بينة فللموكل الرجوع عليه اذا قضاه فى غيبة الموكل ، قال القاضي : سواء صدقه أنه قضى الحق أو كذبه ، وهذا قول الشافعي . لانه أذن له فى قضاء يبرئه ولم يوجد وعن أحمد رواية أخرى : لا يرجع عليه شيء الا أن يكون أمره بالاشهاد فلم يفعل ، فعلى هذه الرواية : ان صدقه الموكل فى الدفع لم يرجع عليه بشيء ، وان كذبه فالقول قول الوكيل مع يمينه ، وهذا قول أبى حنيفة ووجه لأصحاب الشافعي لانه ادعى فعل ما أمر به موكله فكان القول قوله كما لو أمره ببيع ثوبه فادعى أنه باعه ووجه الاول : أنه مفرط بترك الاشهاد فضمن كما لو فرط فى البيع بدون ثمن المثل .

فإن قيل : فلم يأمره بالاشهاد . قلنا : اطلاق الامر بالقضاء يقتضي ذلك لانه لا يثبت الا به فيصير كأمره بالبيع والشراء يقتضي ذلك العرف لا العموم ، كذا ههنا ، وقياس القول الآخر . يمكن القول بموجبه ، وأن قوله مقبول فى القضاء

لكن لزمه الضمان لتفريطه لا لرد قوله ، وعلى هذا لو كان القضاء بحضرة الموكل لم يضمن الوكيل شيئا لان ترك الاشهاد والاحتياط رضى منه بما فعل وكيله ، وكذلك لو أذن له فى القضاء بغير اشهاد فلا ضمان على الوكيل . لان صريح قوله يقدم على ما تقتضيه دلالة الحال . وكذلك ان أشهد على القضاء عدولا فماتوا أو غابوا فلا ضمان عليه لعدم تفريطه ؛ وان أشهد من يختلف في ثبوت الحق بشهادته كشاهد واحد أو رجلا وامرأتين فهل يبرأ من الضمان ؟ يخرج على روايتين ، وان اختلف الوكيل والموكل فقال : قضيت الدين بحضرتك قال : بل فى غيبتى . أو قال : أذنت لى فى قضائه بغير بينة فأنكر الاذن ، أو قال : أشهدت على القضاء شهوداً فماتوا فأنكره الموكل ، فالقول قول الموكل لان الاصل معه .

(فصل)

وان وكله فى إيداع ماله فأودعه ولم يشهد ، فقال أصحابنا : لا يضمن اذا أنكر المودع ، وكلام الخرقى بعمومه يقتضى أن لا يقبل قوله على الآمر ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى لأن الوديعة لا تثبت الا بالبينة فهى كالدين ، وقال أصحابنا : لا يصح القياس على الدين . لان قول المودع يقبل فى الرد والهلاك فلا فائدة فى الاستيثاق بخلاف الدين فإن قال الوكيل : دفعت المال الى المودع فقال : لم تدفعه ، فالقول قول الوكيل . لانهما اختلفا فى تصرفه ، وفيما وكل فيه ، فكان القول قوله فيه .

(فصل) واذا كان على رجل دين وعنده وديعة فجاءه انسان فادعى أنه وكيل صاحب الدين والوديعة فى قبضها وأقام بذلك بينة . وجب الدفع اليه وان لم يقم بينة لم يلزمه دفعها اليه ، سواء صدقه فى أنه وكيله أو كذبه ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : ان صدقه لزمه وفاء الدين ، وفى دفع العين اليه روايتان أشهرهما : لا يجب تسليمها ، واحتج بأنه أقر له بحق الاستيفاء فلزمه ايفاؤه كما لو أقر له أنه وارثه .

ولنا أنه تسليم لا يبرئه . فلا يجب كما لو كان الحق عينا ، وكما لو أقر بأن هذا وصى الصغير وفارق الاقرار بكونه وارثه لانه يتضمن براءته فإنه أقر بأنه لا حق لسواه ، فأما ان أنكر وكالته لم يستحلف .

وقال أبو حنيفة : يستحلف ، ومبنى الخلاف على الخلاف فى وجوب الدفع مع التصديق ، فمن أوجب عليه الدفع مع التصديق ألزمه اليمين عند التكذيب ، كسائر الحقوق ، ومن لم يوجب عليه الدفع مع التصديق قال : لا يلزمه اليمين عند التكذيب لعدم فائدتها ، فإن دفع اليه مع التصديق أو مع عدمه لحضر الموكل وصدق الوكيل برىء الدافع ، وان كذبه فالقول قوله مع يمينه ، فإذا حلف وكان الحق عينا قائمة فى يد الوكيل فله أخذها وله مطالبة من شاء بردها ، لأن الدافع دفعها الى غير مستحقها والوكيل عين ماله فى يده فإن طالب الدافع فللدافع مطالبة الوكيل بها وأخذها من يده ليسلمها الى صاحبها ، وان تلفت العين أو تعذر ردها فلصاحبها الرجوع ببدلها على من شاء منهما لأن الدافع ضمنها بالدفع والمدفوع اليه قبض مالا يستحق قبضه ، وأيهما ضمن لم يرجع على الآخر ، لأن كل واحد منهما يدعى أن ما يأخذه المالك ظلم ، ويقر بأنه لم يوجد من صاحبه تعد ، فلا يرجع على صاحبه بظلم غيره إلا أن يكون الدافع دفعها الى الوكيل من غير تصديقه فيما ادعاه من الوكالة ، فإن ضمن رجع على الوكيل لكونه لم يقر بوكالته ولا ثبتت ببينة ، وان ضمن الوكيل لم يرجع عليه ، وان صدقه لكن الوكيل تعدى فيها أو فرط استقر الضمان عليه ، فان ضمن لم يرجع على أحد ، وان ضمن الدافع رجع عليه ، لأنه وان كان يقر أنه قبضه قبضاً صحيحا لكن لزمه الضمان بتفريطه وتعديه ، فالدافع يقول : ظلمنى المالك بالرجوع على وله على الوكيل حق يعترف به الوكيل فيأخذه يستوفى حقه منه ، فأما ان كان المدفوع دينا لم يرجع إلا على الدافع وحده ، لأن حقه فى ذمة الدافع لم يبرأ منه بتسليمه الى غير وكيل صاحب الحق ، والذى أخذه الوكيل عين مال الدافع فى زعم صاحب الحق والوكيل والدافع يزعمان أنه صار ملكا لصاحب الحق ، وأنه ظالم للدافع بالأخذ منه ، فيرجع الدافع فيما أخذ منه الوكيل ، ويكون قصاصا مما أخذه منه صاحب الحق : وان كان قد تلف فى يد الوكيل لم يرجع عليه بشىء ، لانه مقر بأنه أمين لاضمان عليه إلا أن يتلف بتعديه وتفريطه فيرجع عليه

(فصل) فان جاء رجل فقال : أنا وارث صاحب الحق ، فان أنكره لزمته اليمين أنه لا يعلم صحة ما قال : لأن اليمين ههنا على نفى فعل الغير فكانت على نفى العلم لأنه لو صدقه لزمه الدفع اليه ، فلما لزمه الدفع مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار

وان صدقه فى أنه وارث صاحب الحق لا وارث له سواه لزمه الدفع اليه بغير خلاف نعلمه لأنه مقر له بالحق وأنه يبرأ بهذا الدفع فلزمه ، كما لو جاء مع صاحب الحق ، فأما ان جاء رجل فقال : قد أحالنى عليك صاحب الحق فصدقه ففيه وجهان

أحدهما : لا يلزمه الدفع اليه ، لان الدفع اليه غير مبرىء ، ولاحتمال أن يجىء المحيل فينكر الحوالة أو يضمنه ، فأشبه المدعى للوكالة .

والثانى : يلزمه الدفع اليه ، لانه معترف بأن الحق له لا لغيره ، فأشبه الوارث

فان قلنا : يلزمه الدفع مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار ، وان قلنا : لا يلزمه الدفع مع الاقرار لم تلزمه اليمين مع الانكار لعدم الفائدة فيها ، ومثل هذا مذهب الشافعى .

فصل

ومن طلب منه حق فامتنع من دفعه حتى يشهد القابض على نفسه بالقبض نظرت فان كان الحق عليه بغير بينة لم يلزمه القاضى بالاشهاد لأنه لا ضرر عليه فى ذلك فانه متى ادعى الحق على الدافع بعد ذلك قال لا يستحق على شىء ، والقول قوله مع يمينه ، وان كان الحق ثبت ببينة ، وكان من عليه الحق يقبل قوله فى الرد كالمودع والوكيل بغير جعل فكذلك ، لأنه متى ادعى عليه حق أو قامت به بينة فالقول قوله فى الرد ، وان كان ممن لا يقبل قوله فى الرد أو يختلف فى قبول قوله كالغاصب والمستعير والمرتهن لم يلزمه تسليم ما قبله إلا بالاشهاد لئلا ينكر القابض القبض ، ولا يقبل قول الدافع فى الرد .

وإن قال : لا يستحق على شيئا قامت عليه البينة أو إذا أشهد على نفسه بالقبض لم يلزمه تسليم الوثيقة بالحق الى من عليه الحق ، لأن بينة القبض تسقط البينة الاولى والكتاب ملكه ، فلا يلزمه تسليمه إلى غيره

﴿ مسألة ﴾ قال (وشراء الوكيل من نفسه غير جائز وكذلك الوصى)

وجملة ذلك : أن من وكل فى بيع شىء لم يجز له أن يشتريه من نفسه فى إحدى الروايتين نقلها مهنا ، وهو مذهب الشافعى وأصحاب الرأى ، وكذلك الوصى

لا يجوز أن يشترى من مال اليتيم شيئاً لنفسه فى إحدى الروايتين ، وهو مذهب الشافعى ، وحكى عن مالك والأوزاعى جواز ذلك فيهما .

والرواية الثانية : عن أحمد يجوز لهما أن يشتريا بشرطين :

أحدهما : أن يزيدا على مبلغ ثمنه فى النداء

والثانى : أن يتولى النداء غيره ، قال القاضى : يحتمل أن يكون اشتراط تولى غيره النداء واجبا ، ويحتمل أن يكون مستحبا ؛ والأول أشبه بظاهر كلامه ، وقال أبو الخطاب : الشرط الثانى : أن يولى من يبيع ويكون هو أحد المشترين فإن قيل : فكيف يجوز له دفعها الى غيره ليبيعها وهذا توكيل وليس للوكيل التوكيل ؟ قلنا : يجوز التوكيل فيما لا يتولى مثله بنفسه والنداء مما لم تجر العادة أن يتولاه أكثر الناس بنفوسهم ، وان وكل إنسانا يشترى له وباعه هو جاز على هذه الرواية ، لانه امتثل أمر موكله فى البيع وحصل غرضه من الثمن ، فجاز كما لو اشتراها أجنبى ، وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : يجوز للوصى الشراء دون الوكيل لان الله تعالى قال (ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن) وإذا اشترى مال اليتيم بأكثر من ثمن مثله فقد قربه بالتى هى أحسن ، ولأنه نائب عن الأب ، وذلك جائز للأب فكذلك لنائبه .

ووجه الرواية الاولى : أن العرف فى البيع بيع الرجل من غيره فحملت الوكالة عليه كما لو صرح به فقال : بعه غيرك . ولأنه تلحقه التهمة ويتنافى الغرضان فى بيعه نفسه فلم يجز ، كما لو نهاه ، والوصى كالوكيل لا يلى بيع مال غيره بتوليه ، فأشبه الوكيل أو متهم ، فأشبه الوكيل بل التهمة فى الوصى آكد من الوكيل ، لأن الوكيل يتهم فى ترك الاستقصاء فى الثمن لا غـير ، والوصى يتهم فى ذلك ، وفى أنه يشترى من مال اليتيم ما لا حظ لليتيم فى بيعه ، فكان أولى بالمنع ، وعند ذلك لا يكون أخذه له قربا له بالتى هى أحسن ، وقد روى عن ابن مسعود أنه قال فى رجل أوصى إلى رجل بتركته وقد ترك فرسا فقال الوصى اشتره ؟ قال لا

(فصل) والحكم فى الحاكم وأمينه كالحكم فى الوكيل ، والحكم فى بيع أحد هؤلاء لوكيله أو ولده الصغير أو الطفل يلى عليه أو لوكيله أو عبده المأذون كالحكم

فى بيعه لنفسه ، كل ذلك يخرج على روايتين بناء على بيعه لنفسه ، أما بيعه لولده الكبير أو والده أو مكاتبه فذكرهم أصحابنا أيضاً فى جملة ما يخرج على روايتين ولأصحاب الشافعى فيهم وجهان .

وقال أبو حنيفه : يجوز بيعه لولده الكبير ، لأنه امتثل أمر موكله ووافق العرف فى بيع غيره ، فصح كما لو باعه لأخيه : وفارق البيع لوكيله ، لأن الشراء إنما يقع لنفسه ، وكذلك بيع عبده المأذون وبيع طفل يلى عليه بيع لنفسه ، لانه هو المشترى له ووجه الجمع بينهم أنه يتهم فى حقهم ، ويميل إلى ترك الاستقصاء عليهم فى الثمن كتهمته فى حق نفسه ، وكذلك لا تقبل شهادته ، والحكم فيما أراد أن يشترى لموكله كالحكم فى بيعه لما له لأنهما سواء فى المعنى

(فصـــل)

وان وكل رجلا يتزوج له إمرأة ؛ فهل له أن يزوجه ابنته يخرج على ما ذكرنا فى الوكيل فى البيـع ، هل يبيـع لولده ؟ قال أبو يوسف ومحمد : يجوز ووجه القولين ما تقدم فى التى قبلها ، وان أذنت له وليته فى تزويجها خرج فى تزويجها لنفسه أو لولده وجهان ، بناء على ما ذكر فى البيـع ، وكذلك إن وكله رجل فى تزويج ابنته خرج فيه مثل ذلك .

(فصـــل) وان وكله رجل فى بيع عبده ووكله آخر فى شراء عبد ، فقياس المذهب . أنه يجوز له أن يشتريه له من نفسه ، لأنه أذن له فى طرفى العقد ، فجاز له أن يليهما إذا كان غير متهم ، كالأب يشترى من مال ولده لنفسه ، ولو وكله المتداعيان فى الدعوى عنهما فالقياس جوازه ، لأنه تمكنه الدعوى عن أحدهما والجواب عن الآخر ، واقامة حجة كل واحد منهما ، ولأصحاب الشافعى فى المسألة وجهان .

(فصل) واذا أذن للوكيل أن يشترى من نفسه جاز له ذلك ، وقال أصحاب الشافعى فى أحد الوجهين : لا يجوز ، لانه يجتمع له فى عقده غرضان الاسترخاص لنفسه والاستقصاء للموكل ، وهما متضادان فتمانعا .

ولنا أنه وكل فى التصرف لنفسه فجاز كما لو وكل المرأة فى طـلاق نفسها ، ولأن علة المنع هى من المشترى لنفسه ، فى محل لاتفاق التهمه لدلالتها على عدم

رضى الموكل بهذا التصرف وإخراج هذا التصرف عن عموم لفظه وإذنه ، وقد صرح ههنا بالاذن فيها ، فلا تبقى دلالة الحال مع نصه بلفظه على خلافه ، وقولهم إنه يتضاد مقصوده فى البيع والشراء ، قلنا : ان عين الموكل له الثمن فاشترى به فقد زال مقصود الاستقصاء ، وأنه لا يراد أكثر مما قد حصل ، وان لم يعين له الثمن تقيد البيع بثمن المثل كما لو باع الأجنبى ، وقد ذكر أصحابنا فيما إذا وكل عبداً يشترى له نفسه من سيده وجهاً : أنه لا يجوز ، فيخرج ههنا مثله ، والصحيح ما قلنا ان شاء الله تعالى .

(فصـــل)

اذا وكل عبداً يشترى نفسه من سيده أو يشترى منه عبداً آخر ففعل صح وبه قال أبو حنيفة وبعض الشافعية ، وقال بعضهم : لا يجوز لأن يد العبد كيد سيده ، فأشبه ما لو وكله فى الشراء من نفسه ، ولهذا يحكم للإنسان بما فى يد عبده وذكر أصحابنا وجهاً كذلك .

ولنا أنه يجوز أن يشترى عبداً من غير مولاه ، لجاز أن يشتريه من مولاه كالاجنبى ، واذا جاز أن يشترى غيره جاز أن يشترى نفسه ، كما أن المرأة لما جاز توكيلها فى طلاق غـــيرها جاز فى طلاق نفسها ، والوجه الذى ذكره أصحابنا لا يصح ، لان أكثر ما يقدر ههنا جعل توكيل العبد كتوكيل سيده ، وقد ذكرنا صحة توكيل السيد فى الشراء والبيع من نفسه ، فهنا أولى : فعلى هذا اذا قال العبد اشتريت نفسى لزيد ، فصدقه سيده وزيد صح ، ولزم زيداً الثمن .

وان قال السيد : ما اشتريت نفسك الا لنفسك عتق العبد بقوله واقراره على نفسه بما يعتق به ، ويلزم العبدالثمن فى ذمته لسيده : لان زيداً لا يلزمه الثمن لعدم حصول العبد له وكون سيده لا يدعيه عليه ، فلزم العبد . لأن الظاهر ممن باشر العقد أنه له ، وان صدقه السيد وكذبه زيد نظرت فى تكذيبه ، فإن كذبه فى الوكالة حلف وبرىء ، وللسيد فسخ البيع واسترجاع عبده لتعذر ثمنه ، وان صـــدقه فى الوكالة وكذبه فى أنك ما اشتريت نفسك لى ، فالقول قول العبد لان الوكيل يقبل قوله فى التصرف المأذون فيه .

(فصل) وان وكل عبده فى اعتاق نفسه أو امرأته فى طلاق نفسها صح ،

وإن وكل العبد فى إعتاق عبيده والمرأة فى طلاق نسائه لم يملك العبد إعتاق نفسه ولا المرأة طلاق نفسها ، لأن ذلك ينصرف بإطلاقه الى التصرف فى غيره ويحتمل أن لهما ذلك ، أخذاً من عموم لفظه ، كما يجوز للوكيل فى البيع ، البيع من نفسه فى إحدى الروايتين ، وإن وكل غريما له فى إبراء نفسه صح ، لأنه وكله فى إسقاط حق عن نفسه ، فأشبه توكيل العبد فى اعتاق نفسه ، وان وكله فى ابراء غرمائه لم يكن له أن يبرىء نفسه ، كما لو وكله فى حبس غرمائه لم يملك حبس نفسه ولو وكله فى خصومتهم لم يكن وكيلا فى خصومة نفسه ، ويحتمل أن يملك ابراء نفسه لما ذكرنا من قبل ، وان وكل المضمون عنه فى ابراء الضامن فأبرأه صح . ولا يبرأ المضمون عنه ، وان وكل الضامن فى ابراء المضمون عنه ، أو الكفيل فى ابراء المكفول عنه فأبرأه صح وبرىء الوكيل ببراءته ، لأنه فرع عليه ، فإذا برىء الأصل برىء الفرع ببراءته

(فصل)

وان وكله فى اخراج صدقة على المساكين وهو مسكين ، أو أوصى اليه بتفريق ثلثه على قوم وهو منهم ، أو دفع اليه مالا وأمره بتفريقه على من يريد أو دفعه الى من شاء ، فالمنصوص عن أحمد أنه لا يجوز له أن يأخذ منه شيئا ، فإن أحمد قال : اذا كان فى يده مال للمساكين وأبواب البر وهو محتاج فلا يأكل منه شيئاً . انما أمره بتنفيذه . وذلك لان اطلاق لفظ الموكل ينصرف الى دفعه الى غيره . ويحتمل أن يجوز له الاخذ اذا تناوله عموم اللفظ . كالمسائل التى تقدمت . ولان المعنى الذى حصل به الاستحقاق متحقق فيه ، واللفظ متناول له فجاز له الاخذ كغيره . ويحتمل الرجوع فى ذلك الى قرائن الاحوال . فما غلب على الظن فيه أنه أراد العموم فيه وفى غيره فله الاخذ منه ، وما غلب أنه لم يرده فليس له الاخذ ، وما تساوى فيه الامران احتمل وجهين : وهل له أن يعطيه لولده أو والده أو امرأته ؟ فيه وجهان : أولهما جوازه . لدخولهم فى عموم لفظه ووجود المعنى المقتضى لجواز الدفع اليهم . فأما من تلزمه مؤنته غير هؤلاء فيجوز الدفع اليهم كما يجوز دفع صدقة التطوع اليهم

« مسألة » قال وشراء الرجل لنفسه من مال ولده الطفل جائز . وكذلك شراؤه له من نفسه)

يعنى أن الاب يجوز أن يشترى لنفسه من مال ابنه الذى فى حجره ويبيع ولده من مال نفسه ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ومالك والاوزاعى . وزادوا الجد فأباحوا له ذلك . وقال زفر لا يجوز ، لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد فلا يجوز أن يتعلق به حكمان متضادان ، ولانه لا يجوز أن يكون موجبا وقابلا فى عقد واحد ، كما لا يجوز أن يتزوج بنت عمه من نفسه

ولنا أن هذا يلى بنفسه فجاز أن يتولى طرفى العقد ، كالاب يزوج ابنته عبده الصغير ، والسيد يزوج عبده أمته ، ولا نسلم ما ذكره من تعلق حقوق العقـــد بالعاقد لغيره . فأما الجد فلا ولاية له على ابن ابنه على ما سنذكره فى موضعه ، فينزل منزلة الاجنبى ، ولان التهمة بين الاب وولده منتفية ، اذ من طبعه الشفقة عليه والميل له وترك حظ نفسه لحظه فلذلك جاز ، وفارق الجد والوصى والحاكم وأمينه : فإن التهمة غير منتفيه فى حقهم ، وأما تولى طرفى العقد فيجوز ، بدليل الاصل الذى ذكرناه ، ولا نسلم ما ذكره فيما اذا أراد أن يتزوج ابنة عمه ، بل يجوز ، بدليل أن عبد الرحمن بن عوف قال لابنة قارظ « أتجعلين أمرك الى ؟ قالت نعم . قال قد تزوجتك » ولئن سلمنا فلأن التهمة غير منتفية ثم

« مسألة » قال (وما فعل الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته فباطل)

وجملته أن الوكالة عقد جائز من الطرفين فللموكل عزل وكيله متى شاء ، وللوكيل عزل نفسه لأنه أذن فى التصرف ، فكان لكل واحد منهما ابطاله : كما لو أذن فى أكل طعامه ، وتبطل أيضا بموت أحدهما أيهما كان وجنونه المطبق ، ولا خلاف فى هذا كله فيما نعلم ، فمتى تصرف الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته فهو باطل اذا علم ذلك ، فإن لم يعلم الوكيل بالعزل ولا موت الموكل ، فعن أحمد فيه روايتان ، وللشافعى فيه قولان ، وظاهر كلام الخرقى هذا أنه ينعزل ، علم أو لم يعلم ، ومتى تصرف فبان أن تصرفه بعد عزله أو موت موكله فتصرفه باطل لانه

رفع عقد لا يفتقر الى رضا صاحبه ، فلا يفتقر الى علمه كالطلاق والعتاق .

والرواية الثانية عن أحمد : لا ينعزل قبل علمه بموت الموكل وعزله ، نص عليه فى رواية جعفر بن محمد ، لأنه لو انعزل قبل علمه كان فيه ضرر ، لانه قد يتصرف تصرفات فتقع باطلة ، وربما باع الجارية فيطؤها المشترى ، أو الطعام فيأكله أو غير ذلك فيتصرف فيه المشترى ، ويجب ضمانه ، ويتضرر المشترى والوكيل ، ولانه يتصرف بأمر الموكل ، ولا يثبت حكم الرجوع فى حق المأمور قبل علمه كالفسخ ، فعلى هذه الرواية متى تصرف قبل العلم نفذ تصرفه

وعن أبى حنيفة أنه ان عزله الموكل فلا ينعزل قبل علمه لما ذكرنا ، وان عزل الوكيل نفسه لم ينعزل الا بحضرة الموكل لانه متصرف بأمر الموكل ، فلا يصح رد أمره بغير حضرته كالمودع فى رد الوديعة

ولنا ما تقدم ، فأما الفسخ ففيه وجهان كالروايتين ، ثم هما مفترقان ، فإن أمر الشارع يتضمن المعصية بتركه ولا يكون عاصيا من غير علمه . وهذا يتضمن العزل عنه ابطال التصرف ، فلا يمنع منه عدم العلم

﴿ فصل ﴾

ومتى خرج أحدهما عن كونه من أهل التصرف مثل أن يجن أو يحجر عليه لسفه فحكمه حكم الموت ، لانه لا يملك التصرف فلا يملكه غيره من جهته

قال أحمد فى الشركة : اذا وسوس أحدهما فهو مثل العزل ، وان حجر على الوكيل لفلس فالوكالة بحالها ، لانه لم يخرج عن كونه أهلا للتصرف ، وان حجر على الموكل وكانت الوكالة فى أعيان ماله بطلت لانقطاع تصرفه فى أعيان ماله ، وان كانت فى الخصومة أو الشراء فى الذمة أو الطلاق أو الخلع أو القصاص فالوكالة بحالها ، لان الموكل أهل لذلك ، وله أن يستنيب فيه ابتداء فلا تنقطع الاستدامة ، وان فسق الوكيل لم ينعزل ، لانه من أهل التصرف الا أن تكون الوكالة فيما ينافيه الفسق ، كالايجاب فى عقد النكاح ، فإنه ينعزل بفسقه أو فسق موكله بخروجه عن أهلية التصرف ، فإن كان وكيلا فى القبول للموكل لم ينعزل بفسق موكله ؛ لانه لا ينافى جواز قبوله ، وهل ينعزل بفسق نفسه ؟ فيه وجهان .

وإن كان وكيلا فيما تشترط فيه الأمانة ، كوكيل ولى اليتيم وولى الوقف على المساكين ونحو هذا انعزل بفسقه وفسق موكله بخروجهما بذلك عن أهلية التصرف ، وإن كان وكيلا لوكيل من يتصرف فى مال نفسه انعزل بفسقه لأن الوكيل ليس له توكيل فاسق ولا ينعزل بفسق موكله لأن موكله وكيل لرب المال ولا ينافيه الفسق ولا تبطل الوكالة بالنوم والسكر والاغماء لأن ذلك لا يخرجه عن أهلية التصرف ، ولا تثبت عليه ولاية إلا أن يحصل الفسق بالسكر . فيكون فيه من التفصيل ما أسلفناه .

(فصل) ولا تبطل الوكالة بالتعدى فيما وكل فيه ، مثل أن يلبس الثوب ويركب الدابة ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، والوجه الثانى . تبطل الوكالة . لانها عقد أمانة فتبطل بالتعدى كالوديعة .

ولنا أنه إذا تصرف فقد تصرف بإذن موكله فصح ، كما لو لم يتعد ، ويفارق الوديعة من جهة أنها أمانة مجردة فنافاها التعدى والخيانة ، والوكالة إذن فى التصرف تضمنت الأمانة فإذا انتفت الامانة بالتعدى بقى الاذن بحاله ، فعلى هذا لو وكله فى بيع ثوب فلبسه صار ضامنا . فإذا باعه صح بيعه وبرىء من ضمانه لدخوله فى ملك المشترى وضمانه . فإذا قبض الثمن كان أمانة فى يده غير مضمون عليه لانه قبضه بإذن الموكل ولم يتعد فيه ، ولو دفع إليه مالا ووكله فى شراء شىء فتعدى فى الثمن صار ضامنا له . فإذا اشترى به وسلمه زال الضمان وقبضه للمبيع قبض أمانة ، وإن وجد بالمبيع عيبا فرد عليه أو وجد هو بما اشترى عيبا فرده وقبض الثمن كان مضمونا عليه لان العقد المزيل للضمان زال فعاد ما زال عنه .

(فصل وإن وكل امرأته فى بيع أو شراء أو غيره ثم طلقها لم تنفسخ الوكالة لان زوال النكاح لا يمنع ابتداء الوكالة فلا يقطع استدامتها ، وإن وكل عبده ثم أعتقه أو باعه لم ينعزل لذلك ، ويحتمل أن ينعزل لان توكيل عبده ليس بتوكيل فى الحقيقة إنما هو استخدام بحق الملك فيبطل بزوال الملك . فإذا باعه فقد صار الى ملك من لم يأذن فى توكيله ، وثبوت ملك غيره فيه يمنع ابتداء توكيله بغير اذنه فيقطع استدامته ، وهكذا الوجهان فيما اذا وكل عبد غيره ثم باعه ، والصحيح : أن

الوكالة لا تبطل ، لان سيد العبد أذن له فى بيع ماله ، والعتق لا يبطل الإذن ، وهكذا ان باعه الا أن المشترى ان رضى ببقائه على الوكالة بقى ، وان لم يرض بذلك بطلت الوكالة ، وان وكل عبد غيره فأعتقه لم تبطل الوكالة وجها واحداً لان هذا توكيل حقيقة والعتق غير مناف له ، وان اشتراه الموكل منه لم تبطل الوكالة لان ملكه له لا ينافى اذنه له فى البيع أو الشراء .

(فصل) وان وكل مسلم كافرا فيما يصح تصرفه فيه صح توكيله سواء كان ذميا أو مستأمنا أو حربيا أو مرتدا ، لان العدالة غير مشترطة فيه ، وكذلك الدين كالبيع ، وان وكل مسلما فارتد لم تبطل الوكالة ، سواء لحق بدار الحرب أو أقام . وقال أبو حنيفة : ان لحق بدار الحرب بطلت وكالته لانه صار منهم .

ولنا أنه يصح تصرفه لنفسه فلم تبطل وكالته كما لو لم يلحق بدار الحرب ، ولان الردة لا تمنع ابتداء وكالته فلم تمنع استدامتها كسائر الكفر . وان ارتد الموكل لم تبطل الوكالة فيما له التصرف فيه ، فأما الوكيل فى ماله فينبنى على تصرفه نفسه فان قلنا . يصح تصرفه لم يبطل توكيله ، وان قلنا . هو موقوف فوكالته موقوفة ، وان قلنا : يبطل تصرفه بطل توكيله . وان وكل فى حال ردته ففيه الوجوه الثلاثة أيضا .

(فصل) ولو وكل رجلا فى نقل امرأته أو بيع عبده أو قبض داره من فلان فقامت البينة بطلاق الزوجة وعتق العبد وانتقال الدار عن الموكل بطلت الوكالة لانه زال تصرف الموكل فزالت وكالته .

(فصل) وان تلفت العين التى وكل فى التصرف فيها بطلت الوكالة . لان محلها ذهب فذهبت الوكالة كما لو وكله فى بيع عبد فمات ، ولو دفع اليه دينارا ووكله فى الشراء به فهلك الدينار أو ضاع أو استقرضه الوكيل وتصرف فيه بطلت الوكالة سواء وكله فى الشراء بعينه أو مطلقا لانه ان وكله فى الشراء بعينه فقد استحال الشراء بعينه بعد تلفه فبطلت الوكالة . وان وكله فى الشراء مطلقا ونقد الدينار بطلت أيضا لانه انما وكله فى الشراء به ، ومعناه : أن ينقده ثمن ذلك المبيع اما قبل الشراء أو بعده ، وقد تعذر ذلك بتلفه ، ولانه لو صح شراؤه للزم الموكل ثمن لم يلزمه ولا رضى بلزومه ، واذا استقرضه الوكيل ثم عزل دينارا عوضه واشترى

به فهو كالشراء له من غير اذن لان الوكالة بطلت والدينار الذى عزله عوضا لا يصير للموكل حتى يقبضه ، فإذا اشترى للموكل به شيئا وقف على اجازة الموكل فإن أجازه صح ولزم الثمن والا لزم الوكيل ، وعنه يلزم الوكيل بكل حال . وقال القاضى : متى اشترى بعين ماله لغيره شيئاً فالشراء باطل لانه لا يصح أن يشترى بعين ماله ما يملكه غيره ، وقال أصحاب الشافعى : متى اشترى لغيره بمال نفسه شيئا صح الشراء للوكيل سواء اشتراه بعين المال أو فى الذمه لانه اشترى له ما لم يؤذن له فى شرائه أشبه ما لو اشتراه فى الذمة .

﴿ فصـــل ﴾

نقل الاثرم عن أحمد فى رجل كان له على آخر دراهم فقال له : اذا أمكنك قضاؤها فادفعها الى فلان وغاب صاحب الحق ولم يوص الى هذا الذى أذن له فى القبض ؛ لكن جعله وكيلا وتمكن من عليه الدين من القضاء نخاف ان دفعها الى الوكيل أن يكون الموكل قد مات ويخاف التبعة من الورثة ، فقال : لا يعجبنى أن يدفع اليه لعله قد مات لكن يجمع بين الوكيل والورثة ويبرأ اليهما من ذلك ، هذا ذكره أحمد على طريق النظر للغريم خوفا من التبعة من الورثة ان كان موروثهم قد مات فانعزل وكيله وصار الحق لهم فيرجعون على الدافع الى الوكيل ، فأما من طريق الحكم فللوكيل المطالبة وللآخر الدفع اليه فإن أحمد قد نص فى رواية حرب اذا وكله فى الحد وغاب استوفاه الوكيل وهو أبلغ من هذا لكونه يدرأ بالشبهات لكن هذا احتياط حسن وتبرئة للغريم ظاهراً وباطنا وازالة للتبعة عنه ، وفى هذه الرواية دليل على أن الوكيل انعزل بموت الموكل ، وان لم يعلم بموته لانه اختار أن لا يدفع الى الوكيل خوفا من أن يكون الموكل قد مات ، وانتقل الى الورثة ، ويجوز أن يكون اختار هذا لئلا يكون القاضى ممن يرى أن الوكيل ينعزل بالموت فيحكم عليه بالعزل به وفيها دليل على جواز تراخى القبول عن الايجاب لانه وكله فى قبض الحق ولم يعلمه ، ولم يكن حاضراً فيقبل : وفيها دليل على صحة التوكيل بغير لفظ التوكيل ، وقد نقل جعفر بن محمد فى رجل قال لرجل : بع ثوبى ليس شىء حتى يقول قد وكلتك ، وهذا سهو من الناقل ، وقد تقدم ذكر الدليل على جواز التوكيل بغير لفظ التوكيل ، وهو الذى نقله الجماعة .

« مسألة » قال ﴿ وإذا وكله فى طلاق زوجته فهو فى يده حتى يفسخ أو يطأ ﴾

وجملة ذلك : أن الوكالة إذا وقعت مطلقة غير مؤقتة ملك التصرف أبداً ما لم تنفسخ الوكالة ، وفسخ الوكالة أن يقول : قد فسخت الوكالة أو أبطلتها أو نقضتها أو عزلتك أو صرفتك عنها وأزلتك عنها أو ينهاه عن فعل ما أمره به أو وكله فيه ، وما أشبه هذا من الألفاظ المقتضية عزله أو المؤدية معناه أو يعزل الوكيل نفسه أو يوجد ما يقتضى فسخها حكما على ما قد ذكرنا أو يزول ملكه عما قد وكله فى التصرف فيه أو يوجد ما يدل على الرجوع عن الوكالة فإذا وكله فى طلاق امرأته ثم وطئها انفسخت الوكالة لأن ذلك يدل على رغبته فيها واختياره إمساكها وكذلك إن وطئها بعد طلاقها طلاقا رجعياً كان ارتجاعها لها فإذا اقتضى رجعتها بعد طلاقها فلأن يقتضى استبقاءها على نكاحها ومنع طلاقها أولى ، وإن باشرها دون الفرج أو قبلها أو فعل بها ما يحرم على غير الزوج ، فهل تنفسخ الوكالة فى الطلاق ؟ يحتمل وجهين ، بناء على الخلاف فى حصول الرجعة به ، وإن وكله فى بيع عبد ثم أعتقه أو باعه بيعاً صحيحا أو كاتبه أو دبره انفسخت الوكالة لأنه بزوال ملكه لا يبقى له إذن فى التصرف فيما لا يملكه ، وفى الكتابة والتدبير على إحدى الروايتين لم يبق محلا للبيع ، وعلى الرواية الأخرى : تصرفه فيه بذلك يدل على أنه قصد الرجوع عن بيعه وإن باعه بيعاً فاسداً لم تبطل الوكالة لأن ملكه فى العبد لم يزل ، ذكره ابن المنذر .

« مسألة » قال ﴿ ومن وكل فى شراء شىء فاشترى غيره كان الآمر مخيراً فى قبول الشراء ، فإن لم يقبل لزم الوكيل ، إلا أن يكون اشتراه بعين المال فيبطل الشراء ﴾

وجملته أن الوكيل فى الشراء إذا خالف موكله فاشترى غير ما وكل فى شرائه مثل أن يوكله فى شراء عبد فيشترى جارية لم يخل من أن يكون اشتراه فى ذمته أو بعين المال فإن كان اشتراه فى ذمته ثم نقد ثمنه فالشراء صحيح ، لأنه إنما اشترى بثمن فى ذمته ، وليس ذلك ملكا لغيره : وقال أصحاب الشافعى : لا يصح فى أحد الوجهين لأنه عقده على أنه للموكل ولم يأذن فيه فلم يصح كما لو اشترى بعين ماله .

ولنا أنه لم يتصرف فى ملك غيره : فصح كما لو لم ينوه لغيره .

إذا ثبت هذا فعن أحمد روايتان :

إحداهما : الشراء لازم للمشترى ، وهو الوجه الثانى لأصحاب الشافعى ، لأنه اشترى فى ذمته بغير إذن غيره فكان الشراء له كما لو لم ينو غيره .

والرواية الثانية : يقف على إجازة الموكل فإن أجازه لزمه لأنه اشترى له وقد أجازه فلزمه كما لو اشترى باذنه ، وإن لم يجزه لزم الوكيل لأنه لا يجوز أن يلزم الموكل لأنه لم يأذن فى شرائه ولزم الوكيل لأن الشراء صدر منه ولم يثبت لغيره فيثبت فى حقه كما لو اشتراه لنفسه وهكذا الحكم فى كل من اشترى شيئا فى ذمته لغيره بغير إذنه سواء كان وكيلا للذى قصد الشراء له أو لم يكن وكيلا له . فأما إن اشترى بعين المال مثل أن يقول بعنى الجارية بهذه الدنانير أو باع مال غيره بغير إذنه . فالصحيح من المذهب أن البيع باطل وهو مذهب الشافعى وفيه رواية أخرى أنه صحيح ويقف على إجازة المالك فان لم يجزه بطل ، وإن أجازه صح لحديث عروة بن الجعد : أنه باع ما لم يؤذن له فى بيعه . فأقره عليه النبى صلى الله عليه وسلم ودعا له ، ولأنه تصرف له بخير فصح ، ووقف على الاجازة ، كالوصية بالزائد على الثلث .

ووجه الرواية الأولى : أنه عقد على مال من لم يأذن له فى العقد فلم يصح ، كما لو باع مال الصبى المراهق ثم بلغ فأجازه . ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال لحكيم بن حزام « لا تبع ما ليس عندك » يعنى ما لم تملك ، وأما حديث عروة فانه يحتمل أنه كان وكيلا مطلقا بدليل أنه باع وسلم المبيع وأخذ ثمنه ، وليس ذلك جائزا لمن لم يؤذن له فيه اتفاقا . ومتى حكمنا ببطلان البيع فاعترف له العاقد معه ببطلان البيع أو ثبت ذلك ببينة فعليه رد ما أخذه ، وإن لم يعترف بذلك ولا قامت به بينة حلف العاقد : ولم يلزمه رد شىء لأن الأصل أن تصرف الإنسان لنفسه فلا يصدق على غيره فيما يبطل عقده ، وإن ادعى البائع أنه باع مال غيره بغير إذنه ، فالقول قول المشترى لما ذكرناه ، ولو قال المشترى : إنك بعت مال غيرك بغير إذنه ، فأنكر البائع ذلك ، وقال : بل بعت ملكى ، أو قال بعت مال موكلى باذنه ، فالقول قوله أيضا ، وإن اتفق البائع والمشترى على ما يبطل

البيع ، وقال الموكل : بل البيع صحيح ، فالقول قوله مع يمينه ، ولا يلزمه رد ما أخذه من العوض .

(فصل) وإن وكله فى أن يتزوج له امرأة فتزوج له غيرها أو تزوج له بغير اذنه فالعقد فاسد بكل حال فى إحدى الروايتين ، وهو مذهب الشافعى ، لأن من شرط صحة النكاح ذكر الزوج فاذا كان بغير اذنه لم يقع له ولا للوكيل . لان المقصود أعيان الزوجين بخلاف البيع فانه يجوز أن يشترى له من غير تسمية المشترى له فافترقا .

والرواية الثانية : يصح النكاح ويقف على اجازة المتزوج له فان أجازه صح وإلا بطل ، وهذا مذهب أبى حنيفة ، والقول فيه كالقول فى البيع على ما تقدم .

(فصل) قال القاضى : اذا قال لرجل اشتر لى بدينى عليك طعاما لم يصح ، ولو قال : تسلف لى ألفا من مالك فى كر طعام ففعل لم يصح لانه لا يجوز أن يشترى الانسان بماله ما يملكه غيره ، وان قال : اشتر لى فى ذمتك ، أو قال : تسلف لى ألفا فى كر طعام واقض الثمن عنى من مالك أو من الدين الذى لى عليك صح . لانه اذا اشترى فى الذمة حصل الشراء للموكل والثمن عليه فاذا قضاه من الدين الذى عليه فقد دفع الدين الى من أمره صاحب الدين بدفعه اليه : وان قضاه من ماله عن دين السلف الذى عليه صار قرضا عليه .

(فصـــل)

ولا يملك الوكيل من التصرف الا ما يقتضيه اذن موكله من جهة النطق أو من جهة العرف لان تصرفه بالاذن فاختص بما أذن فيه . والاذن يعرف بالنطق تارة وبالعرف أخرى ، ولو وكل رجلا فى التصرف فى زمن مقيد لم يملك التصرف قبله ولا بعده لانه لم يتناوله اذنه مطلقا ولا عرفا لانه قد يؤثر التصرف فى زمن الحاجة اليه دون غيره ولهذا لما عين الله تعالى لعبادته وقتا لم يجز تقديمها عليه ولا تأخيرها عنه : فلو قال له : بع ثوبى غدا لم يجز بيعه اليوم ولا بعد غد ، وان عين له المكان وكان يتعلق به غرض ، مثل أن يأمره ببيع ثوبه فى سوق ، وكان ذلك السوق معروفا بجودة النقد أو كثرة الثمن أو حله أو بصلاح أهله أو بمودة بين الموكل وبينهم تقيد الاذن به لانه قد نص على أمر له

فيه غرض فلم يجز تفويته ، وان كان هو وغيره سواء فى الغرض لم يتقيد الاذن به وجاز له البيع فى غيره لمساواته المنصوص عليه فى الغرض ، فكان تنصيصه على أحدهما إذناً فى الآخر ،كما لو استأجر أو استعار أرضاً لزراعة شيء ، كان إذنا فى زراعة مثله فما دونه ، ولو اشترى عقاراً كان له أن يسكنه مثله ، ولو نذر صلاة أو اعتكافاً فى مسجد جاز الاعتكاف والصلاة فى غيره ، وسواء قدر له الثمن أو لم يقدره ، وإن عين له المشترى فقال : بعه فلاناً لم يملك بيعه لغيره بغير خلاف علمناه ، سواء قدر له الثمن أو لم يقدره ، لأنه قد يكون له غرض فى تمليكه إياه دون غيره إلا أن يعلم الوكيل بقرينة أو صريح أنه لا غرض له فى عين المشترى .

(فصل)

وإن وكله فى عقد فاسد لم يملكه ، لأن الله تعالى لم يأذن فيه ، لأن الموكل لا يملكه فالوكيل أولى ، ولا يملك الصحيح ، لأن الموكل لم يأذن فيه . وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة . يملك الصحيح ، لأنه إذا أذن فى الفاسد فالصحيح أولى

ولنا أنه أذن له فى محرم فلم يملك الحلال بهذا الاذن ،كما لو أذن فى شراء خمر وخنزير لم يملك شراء الخيل والغنم

(فصل) وان وكله فى بيع عبد أو حيوان أو عقار ونحوه أو شرائه لم يملك العقد على بعضه ، لأن التوكيل تناول جميعه ، وفى التبعيض اضرار بالموكل وتشقيص لملكه ولم يأذن فيه ، وان وكله فى بيع عبيد أو شرائهم ملك العقد عليهم جملة واحدة ، واحداً واحداً ، لأن الاذن يتناول العقد عليهم جملة ، والعرف فى بيعهم وشرائهم العقد على واحد واحد ، ولا ضرر فى جمعهم ولا افرادهم .

وان قال اشتر لى عبيداً صفقة واحدة أو واحداً واحداً أو بعهم لم تجز مخالفته لان تنصيصه على ذلك يدل على غرضه فيه فلم يتناول اذنه سواه ، وان قال : اشتر لى عبدين صفقة فاشترى عبدين لاثنين مشتركين بينهما من وكيلهما ، أو من أحدهما بإذن الآخر جاز، وان كان لكل واحد منهما عبد مفرد فاشتراهما من المالكين بأن أوجبا له البيع فيهما وقبل ذلك منهما بلفظ واحد ، فقال القاضى : لا يلزم الموكل وهو مذهب الشافعى ، لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان

ويحتمل أن يلزمه . لان القول هو الشراء وهو متحد والغرض لايختلف ، وان اشتراهما من وكيلهما وعين ثمن كل واحد منهما ، مثل أن يقول : بعتك هذين العبدين هذا بمائة وهذا بمائتين ، فقال قبلت . احتمل أيضا وجهين . وان لم يعين ثمن كل واحد منهما لم يصح البيع فى أحد الوجهين لأن ثمن كل واحد منهما مجهول ، ويحتمل أن يصح ويقسط الثمن على قدر قيمتهما .

(فصل) فإن دفع اليه دراهم وقال اشتر لى بهذه عبداً كان له أن يشتريه بعينها وفى الذمة . لان الشراء يقع على هذين الوجهين . فإذا أطلق الوكالة كان له فعل ما شاء منهما ، وان قال اشتر بعينها فاشتراه فى ذمته ثم نقدها لم يلزم الموكل لانه اذا تعين الثمن انفسخ العقد بتلفه أو كونه مغصوبا ، ولم يلزمه ثمن فى ذمته ، وهذا غرض للموكل فلم تجز مخالفته ، ويقع الشراء للوكيل ، وهل يقف على اجازة الموكل؟ على روايتين

وان قال اشتر لى فى ذمتك وانقد هذه الدراهم ثمنا فاشتراه بعينها ، فقال أصحابنا يلزم الموكل ، لانه أذن له فى عقد يلزمه به الثمن مع بقاء الدراهم وتلفها ، فكان اذنا فى عقد لا يلزمه الثمن الا مع بقائها . ويحتمل أن لا يصح ، لانه قد يكون له غرض فى الشراء بغير عينها ، لكونها فيها شبهة لا يحب أن يشترى بها أو يحب وقوع العقد على وجه لا ينفسخ بتلفها ولا يبطل بتحريمها ، وهذا غرض صحيح ، فلا يجوز تفويته عليه ، كما لم يجز تفويت غرضه فى الصورة الاولى ، ومذهب الشافعي فى هذا كله كنحو ما ذكرناه

(فصـــل)

وان عين له الشراء بنقد أو حالا لم تجز مخالفته ، وان أذن له فى النسيئة والبيع بأى نقد شاء جاز ، وان أطلق لم يبع الا حالا بنقد البلد لان الاصل فى البيع الحلول ، واطلاق النقد ينصرف الى نقد البلد ، ولهذا لو باع عبده بعشرة دراهم وأطلق حمل على الحلول بنقد البلد ، وان كان فى البلد نقدان باع بأغلبهما ، فإن تساويا باع بما شاء منهما ، وبهذا قال الشافعى

وقال أبو حنيفة وصاحباه : له البيع نساء ، لانه معتاد فأشبه الحال ، ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على الرواية فى المضارب ، وقد ذكرناها ، والاول أولى ، لأنه

لو أطلق البيع حمل على الحلول ، فكذلك إذا أطلق الوكالة فيه ، ولا نسلم تساوى العادة فيهما فإن بيع الحال أكثر ، ويفارق المضاربة لوجهين :

أحدهما أن المقصود من المضاربة الربح لا دفع الحاجة بالثمن فى الحال . وقد يكون المقصود فى الوكالة دفع حاجة ناجزة تفوت بتأخير الثمن

والثانى أن استيفاء الثمن فى المضاربة على المضارب ، فيعود ضرر التأخير فى التقاضى عليه ، وههنا بخلافه فلا يرضى به الموكل ، ولأن الضرر فى توى الثمن على المضارب ، لأنه يحسب من الربح لكون الربح وقاية لرأس المال ، وههنا يعود على الموكل فانقطع الإلحاق .

(فصل) إذا وكله فى بيع سلعة نسيئة فباعها نقداً بدون ثمنها نسيئة أو بدون ما عينه له لم ينفذ بيعه ، لأنه مخالف لموكله ، لأنه رضى بثمن النسيئة دون النقد ، وإن باعها نقداً بما تساوى نسيئة أو عين له ثمنها فباعها به نقداً . فقال القاضى يصح لأنه زاده خيراً فكان مأذوناً فيه عرفاً ، فأشبه ما لو وكله فى بيعها بعشرة فباعها بأكثر منها . ويحتمل أن ينظر فيه ، فإن لم يكن له غرض فى النسيئة صح ، وإن كان فيها غرض نحو أن يكون الثمن مما يستضر بحفظه فى الحال أو يخاف عليه من التلف أو المتغلبين ، أو يتغير عن حاله الى وقت الحلول ، فهو كمن لم يؤذن له ، لأن حكم الحلول لا يتناول المسكوت عنه الا اذا علم أنه فى المصلحة كالمنطوق أو أكثر فيكون الحكم فيه ثابتا بطريق التنبيه أو المماثلة ، ومتى كان فى المنطوق به غرض مختص به لم يجز تفويته ولا ثبوت الحكم فى غيره ، وقد ذكر القاضى نحو هذا فى موضع آخر .

(فصل) وإن وكله فى الشراء بثمن نقداً فاشتراه نسيئة بأكثر من ثمن النقد لم يقع للموكل ، وإن اشتراه نسيئة بثمنه نقداً أو بما عينه له فهى كالتى قبلها ويصح للموكل فى قول القاضى ، وعلى ما ذكرنا ينظر فى ذلك فإن كان فيه ضرر نحو أن يستضر ببقاء الثمن معه ونحو ذلك لم يجز ، كقولنا فى التى قبلها ، ولأصحاب الشافعى فى صحة الشراء وجهان

(فصل) وليس له أن يبيع بدون ثمن المثل ، أو دون ما قدره له ولا يشترى بأكثر من ثمن المثل أو أكثر مما قدر له ـ وبهذا قال الشافعى وأبو يوسف ومحمد ـ

وقال أبو حنيفة : اذا أطلق الوكالة فى البيع فله البيع بأى ثمن كان ، لأن لفظه فى الإذن مطلق فيجب حمله على إطلاقه .

ولنا أنه توكيل مطلق فى عقد معاوضة فاقتضى ثمن المثل كالشراء ، فإنه وافق عليه ، وما ذكره ينتقض بالشراء ، فإن باع بأقل من ثمن المثل أو اشترى بأكثر منه مما لا يتغابن الناس بمثله أو باع بدون ما قدره له أو اشترى بأكثر منه فحكمه حكم من لم يؤذن له فى البيع والشراء ، وهذا قول الشافعى ، وعن أحمد : أن البيع جائز دون الشراء ، ويضمن الوكيل النقص ، لأن من صح بيعه بثمن المثل صح بدونه كالمريض ، فعلى هذه الرواية يكون البيع صحيحا ، وعلى الوكيل ضمان النقص وفى قدره وجهان .

أحدهما . ما بين ثمن المثل وما باعه به ، والثانى : ما بين ما يتغابن الناس به ، وما لا يتغابن الناس به ، لأن ما يتغابن الناس به يصح بيعه به ولا ضمان عليه ، والأول أقيس ، لانه لم يؤذن للوكيل فى هذا البيع فأشبه بيع الأجنبى ، ولو أذن له فى البيع لم يكن عليه ضمان فأشبه الشراء ، وكل تصرف كان الوكيل مخالفاً فيه لموكله فحكمه فيه حكم تصرف الأجنبى على ما ذكر فى موضعه إن شاء الله .

وأما ما يتغابن الناس به عادة فمعفو عنه إذا لم يكن الموكل قدر له الثمن ، لأن ما يتغابن الناس به يعد ثمن المثل ، ولا يمكن التحرز عنه ولو حضر من يزيد على ثمن المثل لم يجز أن يبيع بثمن المثل ، لأن عليه الاحتياط وطلب الحظ لموكله ، وان باع بثمن المثل فحضر من يزيد فى مدة الخيار لم يلزمه فسخ العقد فى الصحيح لان الزيادة ممنوع منها منهى عنها ، فلا يلزم الرجوع اليها ، ولأن المزايد قد لا يثبت على الزيادة فلا يلزم الفسخ بالشك ، ويحتمل أن يلزمه ذلك ، لانها زيادة فى الثمن أمكن تحصيلها ، فأشبه ما لو أجاز به قبل البيع والنهى يتوجه الى الذى زاد لا إلى الوكيل ، فأشبه من جاءته الزيادة قبل البيع وبعد الاتفاق عليه .

(فصـــل) ومن وكل فى بيع عبد بمائة فباعه بأكثر منها صح ، سواء كانت الزيادة كثيرة أو قليله ، لانه باع بالمأذون فيه وزاد زيادة تنفعه ولا تضره وسواء كانت الزيادة من جنس الثمن المأمور به أو من غير جنسه ، مثل أن يأذن فى بيعه

بمائة درهم فيبيعه بمائة درهم ودينـار أو ثوب ، وقال أصحاب الشافعي : لا يصح بيعه بمئة وثوب فى أحد الوجهين ، لانه من غير جنس الاثمان .

ولنا أنها زيادة تنفعه ولا تضره ، أشبه مالو باعه بمائة ودينار ، ولان الإذن فى بيعه بمائة إذن فى بيعه بزيادة عليها عرفا ، لان من رضى بمائة لا يكره أن يزاد عليها ثوب ينفعه ولا يضره ، وان باعه بمائة دينار أو بتسعين درهما وعشرة دنانير وأشباه ذلك ، أو بمائة ثوب أو بثمانين درهما وعشرين ثوبا لم يصح : ذكره القاضى ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه خالف موكله فى الجنس ، فأشبه ما لو باعه بثوب يساوى أكثر من مائة درهم .

ويحتمل أن يصح فيما إذا جعل مكان الدراهم دنانير أو مكان بعضها لانه مأذون فيه عرفا ، فإن من رضى بدرهم رضى مكانه بدينار فجرى مجرى بيعه بمائة درهم ودينار ، وأما الثياب فلا يصح بيعه بها ، لانها من غير جنس الاثمان .

(فصـــل)

وان وكله فى بيع عبد بمائة فباع نصفه بها أو وكله مطلقا فباع نصفه بثمن الكل جاز ، لانه مأذون فيه من جهة العرف ، فإن من رضى مائة ثمنا للكل رضى بها ثمنا للنصف ، ولأنه حصل له المـــائة وأبقى له زيادة تنفعه ولا تضره ، وله بيع النصف الآخر ، لانه مأذون فى بيعه ، فأشبه ما لو باع العبد كله بمثلي ثمنه ، ويحتمل ألا يجوز له بيعه ، لانه قد حصل للموكل غرضه من الثمن ببيع نصفه ، فربما لا يؤثر بيع باقيه للغنى عن بيعه بما حصل له من ثمن نصفه ، وهكذا القول فى توكيله فى بيع عبدين بمائة إذا باع أحدهما بها صح ، وهل يكون له بيع العبد الآخر على وجهين ، فأما إن وكله فى بيع عبده بمائة فباع بعضه بأقل منها لم يصح وإن وكله مطلقا فباع بعضه بأقل من ثمن الكل لم يجز ، وبهذا قال الشافعى وأبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة يجوز فيما اذا أطلق الوكالة ، بناء على أصله فى أن للوكيل المطلق البيع بما شاء .

ولنا أن على الموكل ضرراً فى تبعيضه ، ولم يوجد الاذن فيه نطقا ولا عرفا فلم يجز كما لو وكله فى شراء عبد فاشترى نصفه .

(فصل) وان وكله فى شراء عبد بعينه بمائة فاشتراه بخمسين أو بما دون المائة

صح ولزم الموكل لأنه مأذون فيه من جهة العرف ، وإن قال : لا تشتره بأقل من مائة فخالفه لم يجز لأنه خالف نصه وصريح قوله مقدم على دلالة العرف فإن قال : اشتره بمائة ولا تشتره بخمسين جاز له شراؤه بما فوق الخمسين لأن إذنه فى الشراء بمائة دل عرفا على الشراء بما دونها خرج منه الخمسون بصريح النهى بقى فيما فوقها على مقتضى الاذن ، وإن اشتراه بأقل من الخمسين ففيه وجهان .

أحدهما : يجوز لذلك ، ولأنه لم يخالف صريح نهيه أشبه ما زاد على الخمسين .

والثانى : لا يجوز لانه نهاه عن الخمسين استقلالا لها : فكان تنبيها على النهى عما هو أقل منها كما أن الاذن فى الشراء بمائة اذن فيما دونها فجرى ذلك مجرى صريح نهيه فإن تنبيه الكلام كنصه ، وإن قال : اشتره بمائة دينار فاشتراه بمائة درهم ، فالحكم فيه كما لو قال : بعه بمائة درهم فباعه بمائة دينار على ما مضى من القول فيه ، وإن قال اشتر لى نصفه بمائة فاشتراه كله أو أكثر من نصفه بمائة جاز لانه مأذون فيه عرفا ، وإن قال : اشتر لى نصفه بمائة ولا تشتر جميعه فاشترى أكثر من النصف وأقل من الكل بمائة صح فى قياس المسألة التى قبلها لكون دلالة العرف قاضية بالاذن فى شراء كل ما زاد على النصف خرج الجميع بصريح نهيه ففيما عداه يبقى على مقتضى الاذن .

(فصل) وإن وكله فى شراء عبد موصوف بمائة فاشتراه على الصفة بدونها جاز . لانه مأذون فيه عرفا ، وإن خالفه فى الصفة أو اشتراه بأكثر منها لم يلزم الموكل ، وإن قال : اشتر لى عبداً بمائة فاشترى عبداً يساوى مائة بدونها جاز ، لانه لو اشتراه بمائة جاز . فإذا اشتراه بدونها فقد زاده خيراً فيجوز ، وان كان لا يساوى مائة لم يجز ؛ وان كان يساوى أكثر مما اشتراه به لانه خالف أمره ولم يحصل غرضه .

(فصل) وان وكله فى شراء شاة بدينار فاشترى شاتين تساوى كل واحدة منهما أقل من دينار لم يقع للموكل ، وان كانت كل واحدة منهما تساوى ديناراً أو احداهما تساوى ديناراً والاخرى أقل من دينار صح ولزم الموكل ، وهذا المشهور من مذهب الشافعى ، وقال أبو حنيفة : يقع للموكل احدى الشاتين بنصف دينار والاخرى للوكيل . لانه لم يرض الا بالزامه عهدة شاة واحدة .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم « أعطى عروة بن الجعد دينارا فقال : اشتر لنا به شاة ، قال : فأتيت الجلب فاشتريت شاتين بدينار فجئت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار . فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار والشاة ، فقلت : يا رسول الله هذا ديناركم وهذه شاتكم . قال : وصنعت كيف ؟ فحدثته الحديث . قال : اللهم بارك له في صفقة يمينه » ، ولانه حصل له المأذون فيه وزيادة من جنسه تنفع ولا تضر فوقع ذلك له كما لو قال له : بعه بدينار فباعه بدينارين ، وما ذكره يبطل بالبيع فإن باع الوكيل احدى الشاتين بغير أمر الموكل ففيه وجهان :

أحدهما . البيع باطل لانه باع مال موكله بغير أمره فلم يجز كبيع الشاتين .

والثاني : ان كانت الباقية تساوي دينارا جاز . لحديث عروة بن الجعد البارقي ، ولانه حصل له المقصود والزيادة لو كانت غير الشاة جاز . فجاز له ابدالها بغيرها ، وظاهر كلام أحمد صحة البيع لانه أخذ بحديث عروة وذهب اليه ، واذا قلنا لا يجوز له بيع الشاة فباعها ، فهل يقع البيع باطلا أو صحيحا موقوفا على اجازة الموكل ؟ على روايتين وهذا أصل لكل من تصرف في ملك غيره بغير اذنه ووكيل يخالف موكله ، هل يقع باطلا أو يصح ويقف على اجازة المالك ؟ فيه روايتان ، وللشافعي في صحة البيع ههنا وجهان .

فصل

واذا وكله في شراء سلعة موصوفة لم يجز أن يشتريها إلا سليمة ، لان اطلاق البيع يقتضي السلامة ، ولذلك جاز الرد بالعيب فإن اشترى معيباً يعلم عيبه لم يلزم الموكل لانه اشترى غير ما أذن له فيه ، وان لم يعلم عيبه صح البيع لانه انما يلزمه شراء الصحيح في الظاهر لعجزه عن التحرز عن شراء معيب لا يعلم عيبه فإذا علم عيبه ملك رده لانه قائم في الشراء مقام الموكل وللموكل رده أيضا لان الملك له فإن حضر قبل رد الوكيل ورضي بالعيب لم يكن للوكيل رده . لان الحق له بخلاف المضارب فإن له الرد وان رضي رب المال لان له حقا فلا يسقط برضى غيره ، وان لم يحضر فأراد الوكيل الرد فقال له البائع . توقف حتى يحضر الموكل ، فربما رضي بالعيب لم يلزمه ذلك لانه لا يأمن فوات الرد لهرب البائع

وفوات الثمن بتلفه ، وان أخره بناء على هذا القول فلم يرض به الموكل لم يسقط رده ، وان قلنا . الرد على الفور لانه أخره بإذن البائع فيه ، وان قال البائع . موكلك قد علم العيب فرضيه لم يقبل قوله الا ببينة فان لم يكن له بينة لم يستحلف الوكيل الا أن يدعى علمه فيحلف على نفى العلم ، وبهذا قال الشافعى .

وعن أبى حنيفة رضى الله عنه : أنه لا يستحلف لانه لو حلف كان نائبا فى اليمين وليس بصحيح فانه لا نيابة ههنا ، وانما يحلف على نفى علمه ، وهذا لا ينوب فيه عن أحد . فان رد الوكيل وحضر الموكل وقال . قد بلغنى العيب ورضيت به وصدقه البائع أو قامت به بينة لم يقع الرد موقعه ، وكان للموكل استرجاعه وللبائع رده عليه . لان رضاه بهعزل الوكيل عن الرد بدليل أنه لو علمه لم يكن له الرد ، الا أن نقول . ان الوكيل لا ينعزل حتى يعلم العزل : وان رضى الوكيل المعيب أو أمسكه امساكا ينقطع به الرد فحضر الموكل فأراد الرد . فله ذلك ان صدقه البائع أن الشراء له ، أو قامت به بينة ، وان كذبه ولم تكن به بينة فحلفه البائع أنه لا يعلم أن الشراء له فليس له رده ، لان الظاهر أن من اشترى شيئا فهو له . ويلزم الوكيل وعليه غرامة الثمن ، وهذا كله مذهب الشافعى ، وقال أبو حنيفة . للوكيل شراء المعيب لان التوكيل فى البيع مطلقا يدخل المعيب فى اطلاقه ، ولانه أمينه فى الشراء فجاز له شراء المعيب كالمضارب .

ولنا أن البيع باطلاقه يقتضى الصحيح دون المعيب ، فكذلك الوكالة فيه ، ويفارق المضاربة من حيث ان المقصود فيها الربح ، والربح يحصل من المعيب كحصوله من الصحيح ، والمقصود من الوكالة شراء ما يقتنى أو يدفع به حاجته : وقد يكون العيب مانعا من قضاء الحاجة به ومن قنيته : فلا يحصل المقصود ، وقد ناقض أبو حنيفة أصله فانه قال فى قوله تعالى (فتحرير رقبة) لا تجوز العمياء ولا معيبة عيبا يضر بالعمل ، وقال ههنا . يجوز للوكيل شراء الاعمى والمقعد ومقطوع اليدين والرجلين .

(فصل) وان أمره بشراء سلعة بعينها فاشتراها فوجدها معيبة احتمل أن له الرد لان الامر يقتضى السلامة فأشبه ما لو وكله فى شراء موصوفة ، ويحتمل

أن لا يملك الرد ، لأن الموكل قطع نظره بالتعيين ، فربما رضيه على جميع صفاته ، وإن علم عيبه قبل شرائه فهل له شراؤه ؟ يحتمل وجهين أيضا مبنيين على رده إذا علم عيبه بعد شرائه .

وإن قلنا يملك رده فليس له شراؤه ، لأن العيب إذا جاز به الرد بعد العقد فلأن يمنع من الشراء أولى . وإن قلنا لا يملك الرد ثم فله الشراء ههنا ، لأن تعيين الموكل قطع نظره واجتهاده فى جواز الرد : فكذلك فى الشراء

فصـــل

وإذا اشترى الوكيل لموكله شيئا بإذنه انتقل الملك من البائع الى الموكل ولم يدخل فى ملك الوكيل ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : يدخل فى ملك الوكيل ثم ينتقل الى الموكل لأن حقوق العقد تتعلق بالوكيل ، بدليل أنه لو اشتراه بأكثر من ثمنه دخل فى ملكه ولم ينتقل إلى الموكل

ولنا أنه قبل عقـــداً لغيره صح له ، فوجب أن ينتقل الملك إليه كالأب والوصى وكما لو تزوج له . وقولهم إن حقوق العقد تتعلق به غير مسلم ، ويتفرع عن هذا أن المسلم لو وكل ذمياً فى شراء خمر أو خنزير فاشتراه له لم يصح الشراء ، وقال أبو حنيفة يصح ويقع للذمى ، لأن الخمر مال لهم، لأنهم يتمولونها ويتبايعونها فصح توكيلهم فيها كسائر أموالهم

ولنا أن كل مالا يجوز للمسلم العقد عليه لا يجوز أن يوكل فيه كتزويج المجوسية ، وبهذا خالف سائر أموالهم ، واذا باع الوكيل بثمن معين ثبت الملك للموكل فى الثمن لأنه بمنزلة المبيع ، وان كان الثمن فى الذمة فللوكيل والموكل المطالبة به . وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : ليس للموكل المطالبة ، لأن حقوق العقد تتعلق بالوكيل دونه . ولهذا يتعلق بمجلس الصرف والخيار به دون موكله ، فكذلك القبض .

ولنا أن هذا دين للموكل يصح قبضه له فملك المطالبة به كسائر ديونه التى وكل فيها ويفارق مجلس العقد ، لأن ذلك من شروط العقد فتعلق بالعاقد كالإيجاب والقبول . وأما الثمن فهو حق للموكل ومال من أمواله فكانت له المطالبة به ، ولا نسلم أن حقوق العقد تتعلق به ، وإنما تتعلق بالموكل ؛ وهى تسليم الثمن وقبض

المبيع والرد بالعيب وضمان الدرك ، فأما ثمن ما اشتراه إذا كان فى الذمة فإنه يثبت فى ذمة الموكل أصلا . وفى ذمة الوكيل تبعا كالضامن ؛ وللبائع مطالبة من شاء منهما ، فإن أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل ، وإذا أبرأ الموكل برىء الوكيل أيضا ، كالضامن والمضمون عنه سواء ، وان دفع الثمن الى البائع فوجد به عيبا فرده على الوكيل كان أمانة فى يده وان تلف فهو من ضمان الموكل، ولو وكل رجلا يتسلف له ألفا فى كر حنطة ففعل ملك الموكل ثمنها والوكيل ضامن عن موكله كما تقدم .

(فصــــل) قال أحمد فى رواية مهنا : اذا دفع الى رجل ثوبا ليبيعه ففعل ، فوهب له المشترى منديلا فالمنديل لصاحب الثوب ؛ إنما قال ذلك لان هبة المنديل سببها البيع ، وكان المنديل زيادة فى الثمن والزيادة فى مجلس العقد تلحق به

(فصل) فى الشهادة على الوكالة اذا ادعى الوكالة وأقام شاهداً وامرأتين أو حلف مع شاهده ، فقال أصحابنا فيها روايتان :

إحداهما تثبت بذلك اذا كانت الوكالة بمال ، فإن أحمد قال فى الرجل يوكل ويشهد على نفسه رجلا وامرأتين اذا كانت المطالبة بدين ، فأما غير ذلك فلا

والثانية لا تثبت إلا بشاهدين عدلين . نقلها الخرقى بقوله : ولا تقبل فيما سوى الاموال مما يطلع عليه الرجال لأقل من رجلين . وهذا قول الشافعى ، لأن الوكالة إثبات للتصرف . ويحتمل أن يكون قول الخرقى كالرواية الاولى ، لأن الوكالة فى المال يقصد بها المال فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال ، كالبيع والقرض : فإن شهدا بوكالته ثم قال أحدهما . قد عزله لم تثبت وكالته بذلك . لأن أحدهما لم تثبت وكالته بذلك .

وان كان الشاهد بالعزل رجلا غيرهما لم يثبت العزل بشهادته وحده ، لان العزل لا يثبت الا بما يثبت به التوكيل ، ومتى عاد أحد الشاهدين بالتوكيل فقال : قد عزله لم يحكم بشهادتهما ، لأنه رجوع عن الشهادة قبل الحكم بها ، فلا يجوز للحاكم الحكم بما رجع عنه الشاهد وان حكم الحاكم بشهادتهما ثم عاد أحدهما فقال : قد عزله بعدما وكله لم يلتفت الى قوله ، لان الحكم قد نفذ بالشهادة ولم يثبت العزل ، فإن قالا جميعا : قد كان عزله ثبت العزل . لان الشهادة تمت فى العزل كتمامها فى التوكيل .

﴿ فصل ﴾

فإن شهد أحدهما أنه وكله يوم الجمعة ، وشهد آخر أنه وكله يوم السبت ، لم تتم الشهادة ، لأن التوكيل يوم الجمعة غير التوكيل يوم السبت ، فلم تكمل شهادتهما على فعل واحد ، وان شهد أحدهما أنه أقر بتوكيله يوم الجمعة وشهد الآخر أنه أقر به يوم السبت تمت الشهادة ، لأن الاقرارين إخبار عن عقد واحد : ويشق جمع الشهود ليقر عندهم حالة واحدة ، فجوز له الاقرار عند كل واحد وحده .

وكذلك لو شهد أحدهما أنه أقر عنده بالوكالة بالعربية وشهد الآخر أنه أقر بها بالعجمية ثبتت ، ولو شهد أحدهما أنه وكله بالعربية وشهد الآخر أنه وكله بالعجمية لم تكمل الشهادة : لان التوكيل بالعربية غير التوكيل بالعجمية ، فلم تكمل الشهادة على فعل واحد ، وكذلك لو شهد أحدهما أنه قال : وكلتك ، وشهد الآخر أنه قال أذنت لك فى التصرف ، أو أنه قال : جعلتك وكيلا ، أو شهد أنه قال : جعلتك جريا لم تتم الشهادة ، لان اللفظ مختلف والجرى الوكيل .

ولو قال أحدهما أشهد أنه وكله ، وقال الآخر : أشهد أنه أذن له فى التصرف تمت الشهادة ، لأنهما لم يحكيا لفظ الموكل : وإنما عبرا عنه بلفظهما واختلاف لفظهما لا يؤثر إذا اتفق معناه ، ولو قال أحدهما : أشهد أنه أقر عندى أنه وكله وقال الآخر : أشهد أنه أقر أنه جريه ، أو أنه أوصى اليه بالتصرف فى حياته ثبتت الوكالة بذلك .

ولو شهد أحدهما أنه وكله فى بيع عبده وشهد الآخر أنه وكله وزيداً ، أو شهد أنه وكله فى بيعه ، وقال : لا تبعه حتى تستأمرنى ، أو تستأمر فلانا ، لم تتم الشهادة لان الاول أثبت استقلاله بالبيع من غير شرط ، والثانى ينفى ذلك ، فكانا مختلفين وان شهد أحدهما أنه وكله فى بيع عبده وشهد الآخر أنه وكله فى بيع عبده وجاريته حكم بالوكاله فى العبد لاتفاقهما عليه ، وزيادة الثانى لا تقدح فى تصرفه فى الاول ، فلا تضره ، وهكذا لو شهد أحدهما أنه وكله فى بيعه لزيد وشهد الآخر أنه وكله فى بيعه لزيد ، وان شاء لعمرو .

(فصل) ولا تثبت الوكالة والعزل بخبر الواحد : وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : تثبت الوكالة بخبر الواحد ، وان لم يكن ثقة ، ويجوز التصرف للمخبر

بذلك إذا غلب على ظنه صدق المخبر بشرط الضمان إن أنكر الموكل ، ويثبت العزل بخبر الواحد إذا كان رسولا ، لأن اعتبار شاهدين عدلين فى هذا يشق ، فسقط اعتباره ، ولانه أذن فى التصرف ومنع منه فلم يعتبر فى هذا شروط الشهادة كاستخدام غلامه .

ولنا أنه عقد مالى ، فلا يثبت بخبر الواحد كالبيع ، وفارق الاستخدام ، فإنه ليس بعقد ، ولو شهد اثنان أن فلاناً الغائب وكل فلانا الحاضر ، فقال الوكيل : ما علمت هذا وأنا أتصرف عنه ثبتث الوكاله ، لان معنى ذلك أنى لم أعلم إلى الآن وقبول الوكالة يجوز متراخياً ، وليس من شرط التوكيل حضور الوكيل ولاعلمه فلا يضر جهله به ، وان قال : ما أعلم صدق الشاهدين لم تثبت وكالته لقدحه فى شهادتهما ، وان قال : ما علمت وسكت قيل له : فسر ، فإن فسر بالأول ثبتت وكالته ، وان فسره بالثانى لم تثبت .

(فصـــل)

ويصح سماع البينة بالوكالة على الغائب ، وهو أن يدعى أن فلانا الغائب وكلنى فى كذا ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : لا يصح بناء على أن الحكم على الغائب لا يصح .

ولنا أنه لا يعتبر رضاه فى سماع البينة فلا يعتبر حضوره كغيره ، واذا قال له من عليه الحق : احلف أنك تستحق مطالبتى لم تسمع دعواه ، لان ذلك طعن فى الشهادة ، وان قال: قد عزلك الموكل فاحلف أنه ماعزلك لم يستحلف ، لان الدعوى على الموكل واليمين لا تدخلها النيابة ، وان قال : أنت تعلم أن موكلك قد عزلك سمعت دعواه ، وان طلب اليمين من الوكيل حلف أنه لا يعلم أن موكله عزله ، لان الدعوى عليه ، وان أقام الخصم بينة بالعزل سمعت وانعزل الوكيل .

(فصل) وتقبل شهادة الوكيل على موكله لعدم التهمة ، فإنه لا يجر بها نفعاً ولا يدفع بها ضرراً وتقبل شهادته له فيما لم يوكله فيه ؛ لانه لا يجر الى نفسه نفعا ولا تقبل شهادته له فيما هو وكيل فيه ، لانه يثبت لنفسه حقا ، بدليل أنه إذا وكله فى قبض حق فشهد به له ثبت استحقاق قبضه ، ولأنه خصم فيه ، بدليل أنه يملك

المخاصمة فيه ، فإن شهد بما كان وكيلا فيه بعد عزله لم تقبل أيضا ، سواء كان خاصم فيه بالوكالة أو لم يخاصم ، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة : ان كان لم يخاصم فيه قبلت شهادته ، لأنه لا حق له فيه ولم يخاصم فيه ، فأشبه ما لو لم يكن وكيلا فيه ، وللشافعى قولان كالمذهبين .

ولنا أنه بعقد الوكالة صار خصما فيه فلم تقبل شهادته فيه كما لو خاصم فيه : وفارق مالم يكن وكيلا فيه ، فإنه لم يكن خصما فيه .

(فصـــل)

إذا كانت الامة بين نفسين فشهدا أن زوجها وكل فى طلاقها لم تقبل شهادتهما لأنهما يجران الى أنفسهما نفعا ، وهو زوال حق الزوج من البضع الذى هو ملكهما ، وإن شهدا بعزل الوكيل فى الطلاق لم تقبل ، لأنهما يجران الى أنفسهما نفعا ، وهو ابقاء النفقة على الزوج ؛ ولا تقبل شهادة ابنى الرجـــل له بالوكالة ولا أبويه ، لأنهما يثبتان له حق التصرف ولا يثبت للانسان حق بشهادة ابنه ولا أبيه ، ولا تقبل شهادة ابنى الموكل ولا أبويه بالوكالة ، وقال بعض الشافعية تقبل ، لان هذا حق على الموكل يستحق به الوكيل المطالبة فقبلت فيه شهادة قرابة الموكل كالاقرار .

ولنا أن هـــذه شهادة يثبت بها حق لأبيه أو ابنه ، فلم تقبل كشهادة ابنى الوكيل وأبويه ، وذلك لانهما يثبتان لابيهما نائبا متصرفا له ، وفارق الشهادة عليه بالاقرار ، فإنها شهادة عليه متمحضة ، ولو ادعى الوكيل الوكالة فأنكرها الموكل فشهد عليه ابناه أو أبواه ثبتت الوكالة وأمضى تصرفه ، لأن ذلك شهادة عليه ، وان ادعى الموكل أنه تصرف بوكالته وأنكر الوكيل فشهد عليه أبواه أو ابناه قبل أيضا لذلك .

وان ادعى وكيل لموكله الغائب حقا وطالب به فادعى الخصم أن الموكل عزله وشهد له بذلك ابنا الموكل قبلت شهادتهما وثبت العزل بها ، لأنهما يشهدان على أبيهما . وان لم يدع الخصم عزله لم تسمع شهادتهما ، لانهما يشهدان لمن لا يدعيها فإن قبض الوكيل لحضر الموكل وادعى أنه كان قد عزل الوكيل وأن حقه باق فى ذمة الغريم وشهد له ابناه ، لم تقبل شهادتهما ، لأنهما يثبتان حقا لأبيهما ،

ولو ادعى مكاتب الوكالة فشهد له سيده أو ابنا سيده أو أبواه لم تقبل ، لأن السيد يشهد لعبده وأبناءه يشهدان لعبد أبيهما والأبوان يشهدان لعبد ابنهما ، فإن عتق فأعاد الشهادة فهل تقبل ؟ تحتمل وجهين

(فصل) إذا حضر رجلان عند الحاكم فأقر أحدهما أن الآخر وكيله ثم غاب الموكل وحضر الوكيل فقدم خصما لموكله وقال : أنا وكيل فلان ، فأنكر الخصم كونه وكيله ، فإن قلنا لا يحكم الحاكم بعلمه لم تسمع دعواه حتى تقوم البينة بوكالته وإن قلنا يحكم بعلمه ، وكان الحاكم يعرف الموكل بعينه واسمه ونسبه صدقه ومكنه من التصرف ، لأن معرفته كالبينة ، وإن عرفه بعينه دون اسمه ونسبه لم يقبل قوله حتى تقوم البينة عنده بالوكالة ، لأنه يريد تثبيت نسبه عنده بقوله فلم يقبل .

(فصل) ولو حضر عند الحاكم رجل فادعى أنه وكيل فلان الغائب فى شيء عينه وأحضر بينة تشهد له بالوكالة سمعها الحاكم . ولو ادعى حقا لموكله قبل ثبوت وكالته لم يسمع الحاكم دعواه وبه قال مالك والشافعى . وقال أبو حنيفة : لا يسمعها إلا أن يقدم خصما من خصماء الموكل فيدعى عليه حقا ، فإذا أجاب المدعى عليه حينئذ يسمع الحاكم البينة : فحصل الخلاف بيننا فى حكمين

أحدهما أن الحاكم عندنا يسمع البينة على الوكالة من غير حضور خصم ، وعنده لا يسمع . والثانى أنه لا تسمع دعواه لموكله قبل ثبوت وكالته وعنده تسمع ، وبنى أبو حنيفة على أصله فى أن القضاء على الغائب لا يجوز ، وسماع البينة بالوكالة من غير خصم قضاء على الغائب ، وأن الوكالة لا تلزم الخصم ما لم يجب الوكيل عن دعوى الخصم أنك لست بوكيل

ولنا أنه إثبات للوكالة فلم يفتقر الى حضور الموكل عليه كما لو كان الموكل عليه جماعة فأحضر واحد منهم فإن الباقين لا يفتقر الى حضورهم ، كذلك ههنا ، والدليل على أن الدعوى لا تسمع قبل ثبوت الوكالة أنها لا تسمع الا من خصم يخاصم عن نفسه أو عن موكله ، وهذا لا يخاصم عن نفسه ولم يثبت أنه وكيل لمن يدعى له فلا تسمع دعواه ، كما لو ادعى لمن لم يدع وكالته . وفى هذا الأصل جواب عما ذكره .

(فصل) ولو حضر رجل وادعى على غائب مالا فى وجه وكيله فأنكره ، فأقام بينة بما ادعاه حلفه الحاكم وحكم له بالمال . فإذا حضر الموكل وجحد الوكالة أو ادعى أنه كان قد عزله لم يؤثر ذلك فى الحكم لأن القضاء على الغائب لا يفتقر إلى حضور وكيله .

(فصل) إذا قال بع هذا الثوب بعشرة فما زاد عليها فهو لك صح . واستحق الزيادة ، وقال الشافعى : لا يصح .

ولنا أن ابن عباس كان لا يرى بذلك بأساً ، ولأنه يتصرف فى ماله باذنه فصح شرط الربح له فى الثانى كالمضارب والعامل فى المساقاة .

كتاب الاقرار بالحقوق

الإقرار : هو الاعتراف ، والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى (وإذ أخذ الله ميثاق النبيين ـ إلى قوله ـ قال أأقررتم وأخذتم على ذلكم إصرى ؟ قالوا . أقررنا) وقال تعالى وآخرون اعترفوا بذنوبهم) وقال تعالى (ألست بربكم ؟ قالوا بلى فى آى كثيرة مثل هذا .

وأما السنة . فما روى أن ماعزاً أقر بالزنا فرجمه رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذلك الغامدية ، وقال « واغد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » وأما الإجماع فان الأئمة أجمعت على صحة الإقرار ، ولان الإقرار إخبار على وجه ينفى عنه التهمة والريبة فان العاقل لا يكذب على نفسه كذباً يضر بها ، ولهذا كان آكد من الشهادة فان المدعى عليه إذا اعترف لا تسمع عليه الشهادة : وإنما تسمع إذا أنكر ، ولو كذب المدعى ببينته لم تسمع وإن كذب المقر ثم صدقه سمع .

(فصل ولا يصح الإقرار إلا من عاقل مختار ، فأما الطفل والمجنون والمبرسم والنائم والمغمى عليه فلا يصح إقرارهم ، لا نعلم فى هذا خلافاً وقد قال عليه السلام « رفع القلم عن ثلاثة . عن الصبي حتى يبلغ ؛ وعن المجنون حتى يفيق ، وعن النائم حتى يستيقظ » فنص على الثلاثة ؛ والمبرسم والمغمى عليه فى معنى المجنون والنائم ، ولانه قول من غائب العقل فلم يثبت له حكم كالبيع والطلاق ، وأما الصبى المميز ، فان كان محجوراً عليه لم يصح إقراره ، وان كان مأذونا له صح اقراره فى قدر

ماأذن له فيه ، قال أحمد فى رواية مهنا فى اليتيم : إذا أذن له فى التجارة وهو يعقل البيع والشراء فبيعه وشراؤه جائز ، وإن أقر أنه اقتضى شيئا من ماله جاز بقدر ما أذن له وليه فيه ، وهذا قول أبى حنيفة

وقال أبو بكر وابن أبى موسى : إنما يصح إقراره فيما أذن له فى التجارة فيه فى الشيء اليسير . وقال الشافعى : لا يصح إقراره بحال لعموم الخبر ، ولأنه غير بالغ فأشبه الطفل ، ولأنه لا تقبل شهادته ولا روايته ، فأشبه الطفل

ولنا أنه عاقل مختـــار يصح تصرفه فصح إقراره كالبالغ ، وقد دللنا على صحة تصرفه فيما مضى . والخبر محمول على رفع التكليف والإثم ، فإن أقر من هو مراهق غير مأذون له ثم اختلف هو والمقر له فى بلوغه ، فالقول قوله إلا أن تقوم بينة ببلوغه ، لأن الأصل الصغر ، ولا يحلف المقر ، لأننا حكمنا بعـدم بلوغه إلا أن يختلفا بعد ثبوت بلوغه فعليه اليمين أنه حين أقر لم يكن بالغا . ومن زال عقله بسبب مباح أو معذور فيه فهو كالمجنون لا يسمع إقراره بلا خلاف ، وإن كان بمعصية كالسكران ، ومن شرب ما يزيل عقله عامداً لغير حاجة لم يصح إقراره ، ويتخرج أن يصح بناء على وقوع طلاقه ، وهو منصوص الشافعى ، لأن أفعاله تجرى مجرى الصاحى :

ولنا أنه غير عاقل فلم يصح إقراره كالمجنون الذى سبب جنونه فعل محرم ، ولأن السكران لا يوثق بصحة ما يقول ، ولا تنتفى عنه التهمة فيما يخبر به ، فلم يوجد معنى الإقرار الموجب لقبول قوله

وأما المكره فلا يصح إقراره بما أكره على الاقرار به ، وهذا مذهب الشافعى لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولأنه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح كالبيع . وإن أقر بغير ما أكره عليه : مثل أن يكره على الاقرار لرجل فأقر لغيره ، أو بنوع من المال فيقر بغيره أو على الاقرار بطلاق امرأة فأقر بطلاق أخرى ، أو أقر بعتق عبد صح ، لأنه أقر بما لم يكره عليه فصح ، كما لو أقر به ابتداء . ولو أكره على أداء مال فباع شيئا من ماله ليؤدى ذلك صح بيعه . نص عليه لانه لم يكره على البيع ، ومن أقر بحق ثم ادعى أنه كان مكرها لم يقبل قوله الا ببينة سواء أقر عند السلطان أو عند غيره

لأن الأصل عدم الإكراه إلا أن يكون هناك دلالة على الاكراه كالقيد والحبس والتوكيل به فيكون القول قوله مع يمينه . لأن هذه الحال تدل على الاكراه : ولو ادعى أنه كان زائل العقل حال إقراره لم يقبل قوله إلا ببينة لأن الأصل السلامة حتى يعلم غيرها ، ولو شهد الشهود باقراره لم تفتقر صحة الشهادة إلى أن يقولوا طوعا فى صحة عقله . لأن الظاهر سلامة الحال وصحة الشهادة به ، وقد ذكرنا حكم إقرار السفيه والمفلس والمريض فى أبوابه .

وأما العبد . فيصح إقراره بالحد والقصاص فيما دون النفس لأن الحق له دون مولاه ، ولا يصح إقرار المولى عليه لأن المولى لا يملك من العبد إلا المال ويحتمل أن يصح إقرار المولى عليه بما يوجب القصاص ، ويجب المال دون القصاص . لأن المال يتعلق برقبته وهى مال السيد فصح إقراره به كجناية الخطأ ، وأما إقراره بما يوجب القصاص فى النفس ، فالمنصوص عن أحمد أنه لا يقبل ويتبع به بعد العتق ، وبه قال زفر والمزنى وداود وابن جرير الطبرى ، لأنه يسقط حق سيده باقراره ، فأشبه الاقرار بقتل الخطأ ، ولأنه متهم فى أنه يقر لرجل ليعفو عنه ويستحق أخذه فيتخلص بذلك من سيده

واختار أبو الخطاب أنه يصح إقراره به ، وهو قول أبى حنيفة ومالك والشافعى لأنه أحد نوعى القصاص ، فصح إقراره به كما دون النفس ، وبهذا الأصل ينتقض دليل الأول ، وينبغى على هذا القول أن لا يصح عفو ولى الجناية على مال الا باختيار سيده : لئلا يفضى الى ايجاب المال على سيده باقرار غيره ، فلا يقبل إقرار العبد بجناية الخطأ ولا شبه العمد ولا بجناية عمد موجبها المال ، كالجائفة والمأمومة لأنه إيجاب حق فى رقبته ، وذلك يتعلق بحق المولى ، ويقبل اقرار المولى عليه لأنه إيجاب حق فى ماله ، وإن أقر بسرقة موجبها المال لم يقبل اقراره ويقبل اقرار المولى عليه لما ذكرنا ، وان كان موجبها القطع والمال فأقر بها العبد وجب قطعه ولم يجب المال ، سواء كان ما أقر بسرقته باقيا أو تالفا فى يد السيد أو يد العبد . قال أحمد فى عبد أقر بسرقة دراهم فى يده أنه سرقها من رجل والرجل يدعى ذلك وسيده يكذبه فالدراهم لسيده ويقطع العبد ويتبع بذلك بعد العتق ، وللشافعى فى وجوب المال فى هذه الصورة وجهان

ويحتمل أن لا يجب القطع لأن ذلك شبهة فيدرأ بها القطع لكونه حداً يدرأ بالشبهات ، وهذا قول أبي حنيفة ، وذلك لأن العين التي يقر بسرقتها لم يثبت حكم السرقة فيها ، فلا يثبت حكم القطع بها ، وإن أقر العبد برقه لغير من هو في يده لم يقبل اقراره بالرق . لأن الاقرار بالرق اقرار بالملك والعبد لا يقبل اقراره بحال ولأننا لو قبلنا اقراره أضررنا بسيده . لأنه اذا شاء أقر لغير سيده فأبطل ملكه ، وان أقر به السيد لرجل وأقر هو لآخر فهو للذى أقر له السيد . لانه فى يد السيد لا فى يد نفسه ، ولان السيد لو أقر به منفرداً قبل ، ولو أقر العبد منفرداً لم يقبل ، فإذا لم يقبل اقرار العبد منفرداً فكيف يقبل مع معارضته لإقرار السيد ؟ ولو قبل اقرار العبد لما قبل اقرار السيد كالحد وجناية العمد

وأما المكاتب فحكمه حكم الحر فى صحة اقراره ، ولو أقر بجناية خطأ صح اقراره ، فإن عجز بيع فيها ان لم يفده سيده . وقال أبو حنيفة : يستسعى فى الكتابة وان عجز بطل اقراره بها ، سواء قضى بها أو لم يقض . وعن الشافعى كقولنا ، وعنه أنه مراعى ان أدى لزمه وان عجز بطل

ولنا أنه اقرار لزمه فى كتابته فلا يبطل بعجزه كالاقرار بالدين . وعلى الشافعى أن المكاتب فى يد نفسه فصح اقراره بالجناية كالحر

(فصـــل) ويصح الاقرار لكل من يثبت له الحق ، فإذا أقر لعبد بنكاح أو قصاص أو تعزير القذف صح الاقرار له ـ صدقه المولى أو كذبه ـ لان الحق له دون سيده . وله المطالبة بذلك والعفو عنه . وليس لسيده مطالبته به ولا عفو . وان كذبه العبد لم يقبل . وان أقر له بمال صح ويكون لسيده لان يد العبد كيد سيده . وقال أصحاب الشافعى : ان قلنا يملك المال صح الاقرار له . وان قلنا لا يملك كان الاقرار لمولاه يلزم بتصديقه ويبطل برده . وان أقر لبهيمة أو دار لم يصح اقراره لها وكان باطلا . لأنها لا تملك المال مطلقا ولا يد لها . وان قال على بسبب هذه البهيمة لم يكن اقرارا لأحد . ولانه لم يذكر لمن هى ومن شرط صحة الاقرار ذكر المقر له . وان قال لمالكها أو لزيد على بسببها ألف صح الاقرار . وان قال بسبب حمل هذه البهيمة لم يصح . اذ لا يمكن ايجاب شىء بسبب الحمل

فصل) وإن أقر لحمل امرأة بمال وعزاه الى ارث أو وصية صح وكان للحمل وان أطلق فقال أبو عبد الله بن حامد : يصح وهو أصح قولى الشافعى ، لأنه يجوز أن يملك بوجه صحيح فصح له الاقرار المطلق كالطفل ، فعلى هذا ان ولدت ذكراً وأنثى كان بينهما نصفين ، وان عزاه إلى إرث أو وصية كان بينهما على حسب استحقاقهما لذلك .

وقال أبو الحسن التميمى : لا يصح الاقرار إلا أن يعزيه الى إرث أو وصية وهو قول أبى ثور والقول الثانى للشافعى ، لأنه لا يملك بغيرهما فإن ولدت الولد ميتا وكان قد عزى الاقرار الى إرث أو وصية عادت الى ورثة الموصى وموروث الطفل وان أطلق الاقرار كلف ذكر السبب، فيعمل بقوله فإن تعذر التفسير بموته أوغيره بطل إقراره كمن أقر لرجل لا يعرف من أراد بإقراره ، وان عزى الاقرار الى جهة غير صحيحة فقال لهذا الحمل على ألف أقرضنيها أو وديعة أخذتها منه فعلى قول التميمى الاقرار باطل ، وعلى قول ابن حامد ينبغى أن يصح إقراره لأنه وصل إقراره بما يسقطه فيسقط ما وصله به كما لو قال له على ألف لا تلزمنى ، وان قال له على ألف جعلتها له أو نحو ذلك فهى عدة لا يؤخذ بها ولا يصح الاقرار لحمل إلا إذا تيقن أنه كان موجوداً حال الاقرار على ما بين فى موضعه ، وان أقر لمسجد أو مصنع أو طريق ، وعزاه الى سبب صحيح ، مثل أن يقول : من غلة وقفه صح : وان أطلق خرج على الوجهين .

« مسألة » قال ﴿ ومن أقر بشىء واستثنى من غير جنسه ، كان استثناؤه باطلا إلا أن يستثنى عينا من ورق ، أو ورقا من عين ﴾

فى هذه المسألة فصلان :

أولها : أنه لا يصح الاستثناء فى الاقرار من غــير الجنس ، وبهذا قال زفر ومحمد بن الحسن ، وقال أبو حنيفة : ان استثنى مكيلا أو موزونا جاز ، وان استثنى عبداً أو ثوبا من مكيل أو موزون لم يجز ، وقال مالك والشافعى : يصح الاستثناء من غير الجنس مطلقا ، لأنه ورد فى الكتاب العزيز ولغة العرب ، قال الله تعالى (وإذ قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا إلا إبليس كان من الجن)

وقال تعالى (لا يسمعون فيها لغوا الا سلاما) وقال الشاعر :

وبلدة ليس بهـــا أنيس الا اليعافير ، والا العيس

وقال الآخر :

عيت جوابا ، وما بالربع من أحد الا اواري لأيا ما أبينها

ولنا أن الاستثناء صرف اللفظ بحرف الاستثناء عما كان يقتضيه لولاه ، وقيل هو اخراج بعض ماتناوله المستثنى منه ، مشتق من ثنيت فلانا عن رأيه اذا صرفته عن رأى كان عازما عليه ، وثنيت عنان دابتى اذا صرفتها به عن وجهتها التى كانت تذهب اليها ، وغير الجنس المذكور ليس بداخل فى الكلام ، فإذا ذكره فما صرف الكلام عن صوبه ولا ثناه عن وجه استرساله فلا يكون استثناء ، وانما سمى استثناء تجوزاً ، وانما هو فى الحقيقة استدراك ، « والا » ههنا بمعنى « لكن » هكذا قال أهل العربية ، منهم ابن قتيبة ، وحكاه عن سيبويه والاستدراك لا يأتى الا بعد الجحد ، ولذلك لم يأت الاستثناء فى الكتاب العزيز من غـــير الجنس الا بعد النفى ، ولا يأتى بعده الاثبات الا أن يوجد بعده جملة .

واذا تقرر هذا فلا مدخل للاستدراك فى الإقرار لأنه اثبات للمقر به ، فإذا ذكر الاستدراك بعده كان باطلا ، وان ذكره بعد جملة ، كأن قال . له عندى مائة درهم الا ثوبا لى عليه فيكون مقراً بشىء مدعيا لشىء سواه فيقبل اقراره وتبطل دعواه كما لو صرح بذلك بغير لفظ الاستثناء .

وأما قوله تعالى (فسجدوا الا ابليس) فان ابليس كان من الملائكة ، بدليل أن الله تعالى لم يأمر بالسجود غيرهم ، فلو لم يكن منهم لما كان مأموراً بالسجود ولا عاصيا بتركه ، ولا قال الله تعالى فى حقه (ففسق عن أمر ربه) ولا قال (ما منعك ألا تسجد إذ أمرتك ؟) واذا لم يكن مأموراً فلم أنكسه الله وأهبطه ودحره ؟ ولم يأمر الله تعالى بالسجود الا الملائكة .

فان قالوا . بل قد تناول الأمر الملائكة ومن كان معهم ، فدخل ابليس فى الأمر لكونه معهم ، قلنا : قد سقط استدلالكم فإنه متى كان داخلا فى المستثنى منه مأموراً بالسجود ، فاستثناؤه من الجنس ، وهذا ظاهر لمن أنصف ان شاء الله تعالى

فعلى هذا متى قال : له على ألف درهم إلا ثوبا لزمه الألف وسقط الاستثناء بمنزلة ما لو قال له على ألف درهم لكن لى عليه ثوب .

(الفصل الثانى) إذا استثنى عينا من ورق أو ورقا من عين فاختلف أصحابنا فى صحته فذهب أبو بكر عبد العزيز إلى أنه لا يصح لما ذكرنا وهو قول محمد ابن الحسن ، وقال ابن أبي موسى . فيه روايتان واختار الخرقى صحته لأن قدر أحدهما معلوم من الآخر ويعبر بأحدهما عن الآخر فإن قوما يسمون تسعة دراهم دينارا وآخرون يسمون ثمانية دراهم دينارا فإذا استثنى أحدهما من الآخر علم أنه أراد التعبير بأحدهما عن الآخر فإذا قال : له على دينار الا ثلاثة دراهم فى موضع يعبر فيه بالدينار عن تسعة كان معناه له على تسعة دراهم الا ثلاثة ومهما أمكن حمل الكلام على وجه صحيح لم يجز إلغاؤه ، وقد أمكن بهذا الطريق فوجب تصحيحه ، وقال أبو الخطاب : لا فرق بين العين والورق وبين غيرهما ويلزم من صحة استثناء أحدهما من الآخر صحة استثناء الثياب وغيرها ، وقد ذكرنا الفرق ويمكن الجمع بين الروايتين بحمل رواية الصحة على ما إذا كان أحدهما يعبر به عن الآخر أو يعلم قدره منه . ورواية البطلان على ما اذا انتفى ذلك والله أعلم

﴿ فصــــل ﴾

ولو ذكر نوعا من جنس واستثنى نوعا آخر من ذلك الجنس ، مثل أن يقول : له على عشرة آصع تمرا برنيا إلا ثلاثة تمرا معقليا لم يجز لما ذكرناه من الفصل الأول ، ويخالف العين والورق ، لأن قيمة أحد النوعين غير معلومة من الاخر ولا يعبر بأحدهما عن الاخر ويحتمل على قول الخرقى جوازه لتقارب المقاصد من النوعين ، فهما كالعين والورق والأول أصح ، لأن العلة الصحيحة فى العين والورق غير ذلك .

(فصل) فأما استثناء بعض ما دخل فى المستثنى منه فجائز بغير خلاف علمناه فإن ذلك فى كلام العرب وقد جاء فى الكتاب والسنة قال الله تعالى (فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما) وقال (فسجد الملائكة كلهم أجمعون الا ابليس) وقال النبي صلى الله عليه وسلم فى الشهيد « يكفر عنه خطاياه كلها الا الدين »

وهذا فى الكتاب والسنة كثير وفى سائر كلام العرب ، فإذا أقر بشىء واستثنى منه كان مقراً بالباقى بعد الاستثناء ، فإذا قال له على مائة الا عشرة كان مقرا بتسعين لأن الاستثناء يمنع أن يدخل فى اللفظ ما لولاه لدخل فإنه لو دخل لما أمكن اخراجه ولو أقر بالعشرة المستثناة لما قبل منه انكارها وقول الله تعالى (فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما) اخبار بتسعمائه وخمسين فالاستثناء يبين أن الخمسين المستثناة غير مرادة كما أن التخصيص يبين أن المخصوص غير مراد باللفظ العام. وان قال الا ثلثها أو ربعها صح ، وكان مقراً بالباقى بعد المستثنى .

وان قال هذه الدار لزيد الا هذا البيت كان مقرا بما سوى البيت منها وكذلك ان قال هذه الدار له وهذا البيت لى صح أيضا لأنه فى معنى الاستثناء لكونه أخرج بعض ما دخل فى اللفظ الاول بكلام متصل ، وان قال له هؤلاء العبيد الا هذا صح وكان مقرا بمن سواه منهم وان قال الا واحداً صح لأن الإقرار يصح مجهولا فكذلك الاستثناء منه ويرجع فى تعيين المستثنى اليه لأن الحكم يتعلق بقوله وهو أعلم بمراده به ، وان عين من عدا المستثنى صح وكان الباقى له فان هلك العبيد الا واحدا فذكر أنه المستثنى قبل، ذكره القاضى وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى وقال أبو الخطاب لا يقبل فى أحد الوجهين وهو الوجه الثانى لأصحاب الشافعى لأنه يرفع به الإقرار كله والصحيح أنه يقبل لانه يقبل تفسيره به فى حياتهم لمعنى هو موجود بعد موتهم فقبل كحالة حياتهم وليس هذا رفعا للإقرار وانما تعذر تسليم المقر به لتلفه لا لمعنى يرجع الى التفسير فأشبه ما لو عينه فى حياتهم فتلف بعد تعيينه : وان قتل الجميع الا واحدا قبل تفسيره بالباقى وجها واحدا وان قتل الجميع فله قيمة أحدهم ويرجع فى التفسير اليه ، وان قال غصبتك هؤلاء العبيد الا واحدا فهلكوا الا واحدا قبل تفسيره به وجها واحدا لان المقر له يستحق قيمة الهالكين فلا يقضى التفسير بالباقى الى سقوط الاقرار بخلاف التى قبلها :

(فصل) وحكم الاستثناء بسائر أدواته حكم الاستثناء بالا ، فاذا قال له : على عشرة سوى درهم أو ليس درهما أو خلا درهما أو عدا درهما أو ما خلا أو ما عدا درهما أو لا يكون درهما أو غير درهم بفتح الراء كان مقرا بتسعة وان قال : غير درهم ، بضم رائها وهو من أهل العربية كان مقرا بعشرة لانها تكون صفة

للعشرة المقر بها ولا يكون استثناء فإنها لو كانت استثناء كانت منصوبة وإن لم يكن من أهل العربية لزمه تسعة لأن الظاهر أنه إنما يريد الاستثناء لكنه رفعها جهلا منه بالعربية لا قصداً للصفة .

(فصل ولا يصح الاستثناء إلا أن يكون متصلا بالكلام فإن سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه أو فصل بين المستثنى والمستثنى بكلام أجنبي لم يصح لأنه إذا سكت أو عدل عن إقراره إلى شيء آخر استقر حكم ما أقر به فلم يرتفع بخلاف ما إذا كان فى كلامه فإنه لا يثبت حكمه وينتظر ما يتم به كلامه ويتعلق به حكم الاستثناء والشرط والعطف والبدل ونحوه .

(فصـــل)

ولا يصح استثناء الكل بغير خلاف لأن الاستثناء رفع بعض ما تناوله اللفظ واستثناء الكل رفع الكل فلو صح صار الكلام كله لغواً غير مفيد فإن قال له : على درهم ودرهم إلا درهماً أو ثلاثة دراهم ودرهمان إلا درهمين أو ثلاثة ونصف إلا نصفا أو إلا درهما أو خمسة وتسعون إلا خمسة ، لم يصح الاستثناء ، ولزمه جميع ما أقر به قبل الاستثناء ، وهذا قول الشافعى ، وهو الذى يقتضيه مذهب أبى حنيفة ، وفيه وجه آخر أنه يصح لأن الواو العاطفة تجمع بين العددين وتجعل الجملتين كالجملة الواحدة ومن أصلنا أن الاستثناء إذا تعقب جملا معطوفاً بعضها على بعض بالواو عاد إلى جميعها كقولنا فى قول الله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا) أن الاستثناء عاد إلى الجملتين فإذا تاب القاذف قبلت شهادته ومن ذلك قول النبى صلى الله عليه وسلم « لا يؤمن الرجل الرجل فى سلطانه ولا يجلس على تكرمته الا باذنه » والوجه الأول أولى لأن الواو لم تخرج الكلام من أن يكون جملتين والاستثناء يرفع احداهما جميعها ولا نظير لهذا فى كلامهم ولأن صحة الاستثناء تجعل احدى الجملتين مع الاستثناء لغواً لأنه أثبت شيئا بلفظ مفرد ثم رفعه كله فلا يصح كما لو استثنى منها وهى غير معطوفة على بعضها فأما الاية والخبر فإن الاستثناء لم يرفع احدى الجملتين انما أخرج من الجملتين معا من اتصف بصفة فنظيره ما لو قال للبواب : من جاء يستأذن فائذن له واعطه درهما الا فلانا ، ونظير مسألتنا ما لو قال : أكرم زيداً وعمراً الا عمراً ،

وان قال له: على درهمان وثلاثة الا درهمين ، لم يصح أيضا لأنه يرفع الجملة الأولى كلها فأشبه ما لو قال أكرم زيداً وعمراً الا زيداً ، وان قال له : على ثلاثة وثلاثة الا درهمين خرج فيها وجهان لأنه استثنى أكثر الجملة التى تليه واستثناء الاكثر فاسد كاستثناء الكل .

(فصل) وان استثنى استثناء بعد استثناء وعطف الثانى على الاول كان مضافا اليه فاذا قال له : على عشرة الا ثلاثة والا درهمين كان مستثنيا لخمسة مبقيا لخمسة ، وان كان الثانى غير معطوف على الاول كان استثناء من الاستثناء وهو جائز فى اللغه ، قد جاء فى كلام الله تعالى فى قوله قالوا انا أرسلنا الى قوم مجرمين الا آل لوط انا لمنجوهم أجمعين الا امرأته قدرنا انها لمن الغابرين فاذا كان صدر الكلام اثباتا كان الاستثناء الاول نفيا والثانى اثباتا فان استثنى استثناء ثالثا كان نفيا يعود كل استثناء الى ما يليه من الكلام فاذا قال : له عشرة الا ثلاثة الا درهما كان مقراً بثمانية لانه أثبت عشرة ثم أثبت درهما وبقى من الثلاثة المنفية درهمان مستثنيان من العشرة فيبقى منها ثمانية وسنزيد لهذا الفصل فروعا فى مسألة استثناء الاكثر .

(فصل) اذا قال له هذه الدار هبة أو سكنى أو عارية كان اقراراً بما أبدل به كلامه ولم يكن اقراراً بالدار لانه رفع بآخر كلامه بعض ما دخل فى أوله فصح كما لو أقر بجملة واستثنى بعضها ، وذكر القاضى فى هذا وجها أنه لا يصح لأنه استثناء من غير الجنس وليس هذا استثناء انما هذا بدل وهو سائغ فى اللغه ، ويسمى هذا النوع من البدل بدل الاشتمال وهو أن يبدل من الشىء بعض ما يشتمل عليه ذلك الشىء كقوله (يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه) فأبدل القتال من الشهر المشتمل عليه وقال تعالى اخباراً عن موسى عليه السلام أنه قال (وما أنسانيه الا الشيطان أن أذكره) أى أنسانى ذكره ، وان قال له هذه الدار ثلثها أو قال ربعها صح ويكون مقراً بالجزء الذى أبدله وهذا بدل البعض وليس ذلك باستثناء ، ومثله قوله تعالى (قم الليل الا قليلا نصفه) وقوله ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا) ولكنه فى معنى الاستثناء فى كونه يخرج من الكلام بعض ما يدخل فيه لولاه ويفارقه فى أنه يجوز أن يخرج أكثر من النصف

وأنه يجوز ابدال الشيء من غيره اذا كان مشتملا عليه ، ألا ترى أن الله تعالى أبدل المستطيع للحج من الناس وهو أقل من نصفهم وأبدل القتال من الشهر الحرام وهو غيره ؟ ومن قال له هذه الدار سكنى أو عارية ثبت فيها حكم ذلك وله أن لا يسكنه اياها وأن يعود فيما أعاره :

« مسألة » قال (ومن ادعى عليه شيء وقال قد كان له على وقضيته لم يكن ذلك اقراراً)

حكى ابن أبي موسى أن فى المسألة روايتين .

احداهما : أن هذا ليس باقرار اختاره القاضي ، وقال : لم أجد عن أحد رواية بغير هذا .

والثانية: أنه مقر بالحق مدع لقضائه فعليه البينة بالقضاء والا حلف غريمه وأخذ ، واختاره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة ؛ لأنه أقر بالدين وادعى القضاء فلم تقبل دعواه كما لو ادعى القضاء بكلام منفصل ولأنه رفع جميع ما أثبته فلم يقبل كاستثناء الكل : وللشافعي قولان كالمذهبين ، ووجه قول الخرقي أنه قول متصل يمكن صحته ولا تناقض فيه فوجب أن يقبل كاستثناء البعض ، وفارق المنفصل لأن حكم الأول قد استقر بسكوته عليه فلا يمكن رفعه بعد استقراره ولذلك لا يرفع بعضه باستثناء ولا غيره فما يأتي بعده من دعوى القضاء يكون دعوى مجردة لا تقبل الا ببينة وأما استثناء الكل فمتناقض لأنه لا يمكن أن يكون عليه ألف وليس عليه شيء .

(فصل) وان قال له على مائة وقضيته منها خمسين فالكلام فيها كالكلام فيما اذا قال وقضيتها ، وان قال له انسان لى عليك مائة فقال قضيتك منها خمسين فقال القاضي : لا يكون مقراً بشيء لأن الخمسين التى ذكر أنه قضاها ، فى كلامه ما يمنع بقاءها وهو دعوى القضاء وباقى المائة لم يذكرها وقوله (منها) يحتمل أن يريد بها مما يدعيه ويحتمل مما على فلا يثبت عليه شيء بكلام محتمل ، ويجيء على قول من قال بالرواية الاخرى أن يلزمه الخمسون التى ادعى قضاءها لان فى ضمن دعوى القضاء اقرار بأنها كانت عليه فلا تقبل دعوى القضاء بغير بينة .

(فصل) وان قال كان له على ألف وسكت ، لزمه الألف فى ظاهر كلام أصحابنا وهو قول أبى حنيفة وأحد قولى الشافعى ، وقال فى الآخر لا يلزمه شىء وليس هذا بإقرار : لأنه لم يذكر عليه شيئا فى الحال إنما أخبر بذلك بجاز فى ماض فلا يثبت فى الحال ولذلك لو شهدت البينة به لم يثبت .

ولنا أنه أقر بالوجوب ولم يذكر ما يرفعه فبقى على ما كان عليه ولهذا لو تنازعا داراً فأقر أحدهما للآخر أنها كانت ملكه حكم بها له الا أنه ههنا إن عاد فادعى القضاء أو الابراء سمعت دعواه ، لانه لا تنافى بين إقراره وبين ما يدعيه .

(فصـــل)

وان قال له على ألف قضيته اياها لزمه الالف ولم تقبل دعوى القضاء ، وقال القاضى : تقبل ، لانه رفع ما أثبته بدعوى القضاء متصلا ، فأشبه ما لو قال كان له على وقضيته ، وقال ابن أبى موسى : ان قال قضيت جميعه لم يقبل الا ببينة ولزمه ما أقر به وله اليمين على المقر له ولو قال قضيت بعضه قبل منه فى احدى الروايتين لانه رفع بعض ما أقر به بكلام متصل ، فأشبه ما لو استثناه بخـــلاف ما اذا قال قضيت جميعه لكونه رفع جميع ما هو ثابت ، فأشبه استثناء الكل .

ولنا أن هذا قول متناقض اذ لا يمكن أن يكون عليه ألف قد قضاه ، فإن كونه عليه يقتضى بقاءه فى ذمته واستحقاق مطالبته به، وقضاؤه يقتضى براءة ذمته منه وتحريم مطالبته به ، والاقرار به يقتضى ثبوته والقضاء يقتضى رفعه وهذان ضدان لا يتصور اجتماعهما فى زمن واحد بخلاف ما اذا قال كان له على وقضيته فإنه أخبر بهما فى زمانين ويمكن أن يرتفع ما كان ثابتا ويقضى ما كان دينا واذا لم يصح هذا فى الجميع لم يصح فى البعض لاستحالة بقاء ألف عليه وقد قضى بعضه ، ويفارق الاستثناء فإن الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عن الباقى من المستثنى منه فقول الله تعالى (فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما) عبارة عن تسعمائة وخمسين أما القضاء فإنمـــا يرفع جزءاً كان ثابتا ، فإذا ارتفع بالقضاء لا يجوز التعبير عنه بما يدل على البقاء .

وان وصل اقراره بما يسقطه فقال له على ألف من ثمن خمر أو خنزير أو من ثمن طعام اشتريته فهلك قبل قبضه أو ثمن مبيع فاسد لم أقبضه أو تكفلت به على

أنى بالخيار لزمه الألف ولم يقبل قوله فى إسقاطه ، ذكره أبو الخطاب ، وهو قول أبى حنيفة وأحد قولى الشافعى ، وذكر القاضى أنه إذا قال له على ألف زيوف ففسره برصاص أو نحاس لم يقبل ، لأنه رفع كل ما اعترف به وقال فى سائر الصور التى ذكرناها يقبل قوله ، لانه عزا إقراره الى سببه فقبل كما لو عزاه إلى سبب صحيح .

ولنا أن هذا يناقض ما أقر به فلم يقبل كالصورة التى سلمها وكما لو قال له على ألف لا يلزمنى أو يقول دفع جميع ما أقر به فلم يقبل كاستثناء الكل وغير خاف تناقض كلامه ، فإن ثبوت ألف عليه فى هذه المواضع لا يتصور وإقراره اخبار بثبوته فيتنافيان ، وان سلم ثبوت الالف عليه فهو ما قلناه .

فصل

ولا يقبل رجوع المقر عن اقراره الا فيما كان حدا لله تعالى يدرأ بالشبهات ويحتاط لاسقاطه ، فأما حقوق الادميين وحقوق الله تعالى التى لاتدرأ بالشبهات كالزكاة والكفارات فلا يقبل رجوعه عنها ، ولا نعلم فى هذا خلافا ، فإذا قال هذه الدار لزيد لا بل لعمرو أو ادعى زيد على ميت شيئا معينا من تركته مصدقه ابنه ثم ادعاه عمرو فصدقه حكم به لزيد ووجبت عليه غرامته لعمرو وهذا ظاهر أحد قولى الشافعى ، وقال فى الاخر لا يغرم لعمرو شيئا وهو قول أبى حنيفة ، لأنه أقر له بما عليه الاقرار به ، وانما منعه الحكم من قبوله وذلك لا يوجب الضمان .

ولنا أنه حال بين عمرو وبين ملكه الذى أقر له به بإقراره لغيره فلزمه غرمه كما لو شهد رجلان على آخر بإعتاق عبده ثم رجعا عن الشهادة أو كما لو رمى به فى البحر ثم أقر به ، وان قال غصبت هذه الدار من زيد لا بل من عمرو أو غصبتها من زيد وغصبها زيد من عمرو حكم بها لزيد ولزمه تسليمها اليه ويغرمها لعمرو ، وبهذا قال أبو حنيفة وهو ظاهر مذهب الشافعى ، وقال فى الاخر لا يضمن لما تقدم

ولنا أنه أقر بالغصب الموجب للضمان والرد الى المغصوب منه ثم لم يرد ما أقر بغصبه فلزمه ضمانه كما لو تلف بفعل الله تعالى ، قال أحمد فى رواية ابن منصور فى رجل قال لرجل استودعك هذا الثوب؛ قال صدقت ، ثم قال استودعنيه رجل

آخر فالثوب للأول ويغرم قيمته للآخر ، ولا فرق فى هذا الفصل بين أن يكون اقراره بكلام متصل أو منفصل .

(فصل) فإن قال : غصبت هذه الدار من زيد وملكها لعمرو لزمه دفعها الى زيد لاقراره له بأنها كانت فى يده ، وهذا يقتضى كونها فى يده بحق وملكها لعمرو لا ينافى ذلك لأنها يجوز أن تكون فى يد زيد بإجارة أو عارية أو وصية ولا يغرم لعمرو شيئا لانه لم يكن منه تفريط ، وفارق هذا ما اذا قال : هذه الدار لزيد بل لعمرو لانه أقر للثانى بما أقر به للأول ، فكان الثانى رجوعا عن الأول ، لتعارضهما وهنا لا تعارض بين اقراره به .

وان قال : ملكها لعمرو وغصبها من زيد فكذلك لا فرق بين التقديم والتأخير والمتصل والمنفصل ، ذكره القاضى ، وقيل : يلزمه دفعها الى عمرو ويغرمها لزيد لأنه لما أقر بها لعمرو أولا لم يقبل اقراره باليد لزيد ، وهذا وجه حسن ، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين ، ولو قال : هذا الألف دفعه الى زيد وهو لعمرو ، أو قال : هو لعمرو ودفعه الى زيد فكذلك على ما مضى من القول فيه

(فصل)

وان قال : غصبتها من أحدهما أو هى لأحدهما ، صح الاقرار لأنه يصح بالمجهول فيصح للمجهول ويطالب بالبيان فان عين أحدهما دفعت اليه ويحلف للآخر ان ادعاها ولا يغرم له شيئا لانه لم يقر له بشىء ، وان قال : لا أعرفه عينا فصدقاه ، نزعت من يده وكانا خصمين فيها وان كذباه فعليه اليمين أنه لا يعلم وتنزع من يده ، فان كان لأحدهما بينة حكم له بها ، وان لم تكن له بينة أقرعنا بينهما ، فمن قرع صاحبه حلف وسلمت اليه ، وان بين الغاصب بعد ذلك مالكها قبل منه كما لو بينه ابتداء ويحتمل أنه إذا ادعى كل واحد منهما أنه المغصوب منه توجهت عليه اليمين لكل واحد منهما أنه لم يغصبه فان حلف لأحدهما لزمه دفعها الى الآخر لأن ذلك يجرى مجرى تعيينه ، وان نكل عن اليمين لهما جميعا فسلمت الى أحدهما بقرعة أو غيرها لزمه غرمها للآخر لأنه نكل عن يمين توجهت عليه فقضى عليه كما لو ادعاها وحده .

(فصل) فان كان فى يده عبدان فقال : أحد هذين لزيد ، طولب بالبيان

فإن عين أحدهما فصدقه زيد أخذه ، وإن قال : هذا لى والعبد الآخر فعليه اليمين فى العبد الذى ينكره . وإن قال زيد إنما لى العبد الآخر فالقول قول المقر مع يمينه فى العبد الذى ينكره . ولا يدفع إلى زيد العبد المقر به لكن يقر فى يد المقر لأنه لم يصح إقراره به فى أحد الوجهين ، وفى الآخر ينزع من يده لاعترافه بأنه لا يملكه ويكون فى بيت المال لأنه لا مالك له معروف . فأشبه ميراث من لا يعرف وارثه فإن أبى التعيين فعينه المقر له وقال : هذا عبدى طولب بالجواب فإن أنكر حلف وكان بمنزلة تعيينه للآخر وإن نكل عن اليمين يقضى عليه، وإن أقر له فهو كتعيينه

(فصل) ولو أقر لرجل بعبد ثم جاءه به فقال : هذا الذى أقررت به فقال : ليس هو هذا إنما هو آخر ، فعلى المقر اليمين أنه ليس له عنده سواه ، ولا يلزمه تسليم هذا إلى المقر له لأنه لا يدعيه ، وإن قال ، هذا لى ولى عندك آخر ، سلم اليه هذا وحلف له على نفى الآخر ، وكل من أقر لرجل بملك فكذبه بطل إقراره ، لأنه لا يثبت للإنسان ملك لا يعترف به ، وفى المال وجهان

أحدهما يترك فى يد المقر ، لأنه كان محكوما له به ، فإذا بطل اقراره بقى على ما كان عليه .

والثانى يؤخذ الى بيت المال لأنه لم يثبت له مالك ، وقيل يؤخذ فيحفظ حتى يظهر مالكه ، لأنه لا يدعيه أحد ، ومذهب الشافعى مثل هذا ، فإن عاد أحدهما فكذب نفسه دفع اليه لانه يدعيه ولا منازع له فيه ، وان كذب كل واحد منهما نفسه فرجع المقر عن إقراره وادعاه المقر له ، فإن كان باقيا فى يد المقر فالقول قوله مع يمينه ، كما لو لم يقر به لغيره (١) : وان كان معدوما بتلف أو إباق ونحوه بغير تعد من أحدهما فلا شىء فيه من يمين ولا غيرها ، وان كان بتعد من أحدهما فالقول فيه قول المقر مع يمينه كما لو كان باقيا، فإذا حلف سقط عنه الضمان إن كان تلفه بتعديه ووجب له الضمان على الاخر ان كان تلفه بتعد منه والله أعلم

« مسألة » قال ﴿ ومن أقر بعشرة دراهم ثم سكت سكوتا يمكنه الكلام فيه ثم قال زيوفا أو صغاراً أو الى شهر كانت عشرة جياداً وافية حالة ﴾

---

(١) من هنا الى آخر الفصل زيادة من بعض النسخ

وجملته أن من أقر بدراهم وأطلق اقتضى إقراره الدراهم الوافية ، وهى دراهم الإسلام كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل ، وكل درهم ستة دوانق ، واقتضى أن تكون جياداً حالة : كما لو باعه بعشرة دراهم وأطلق فإنها تلزمه كذلك ، فإذا سكت سكوتا يمكنه الكلام فيه أو أخذ فى كلام غير ما كان فيه استقرت عليه كذلك ، فإن عاد فقال زيوفا - يعنى رديئة - أو صغاراً ، وهى الدراهم الناقصة ، مثل دراهم طبرية كان كل درهم منها أربعة دوانق وذلك ثلثا درهم ، أو الى شهر يعنى مؤجلة لم يقبل منه ، لأنه يرجع عن بعض ما أقر به ويرفعه بكلام منفصل فلم يقبل كالاستثناء المنفصل : وهذا مذهب الشافعى : ولا فرق بين الإقرار بها دينا أو وديعة أو غصبا .

وقال أبو حنيفة : يقبل قوله فى الغصب والوديعة لأنه أقر بفعل فى عين . وذلك لا يقتضى سلامتها فأشبه ما لو أقر بغصب عبد ثم جاء به معيبا

ولنا أن إطلاق الاسم يقتضى الوازنة الجياد فلم يقبل تفسيره بما يخالف ذلك كالدين ويفارق العبد ، فإن العيب لا يمنع إطلاق اسم العبد عليه . فأما إن وصفها بذلك بكلام متصل ، أو سكت للتنفس أو اعترضته سعلة أو نحو ذلك ثم وصفها بذلك أو شىء منه قبل منه

وذكر أبو الخطاب أنه يحتمل أن لا يقبل منه التأجيل ، وهو قول أبى حنيفة وبعض أصحاب الشافعى ، لأن التأجيل يمنع استيفاء الحق فلم يقبل ، كما لو قال له على دراهم قضيته إياها ، وقال بعض أصحاب الشافعى لا يقبل تفسيره بالناقصة . وقال القاضى إن قال : له على عشرة دراهم ناقصة قبل قوله ، وإن قال صغاراً وللناس دراهم صغار قبل قوله أيضا ، وان لم تكن لهم دراهم صغار لزمه وازنة كما لو قال دريهم لزمه درهم وازن ، وهذا قول ابن القاص من أصحاب الشافعى .

ولنا أنه فسر كلامه بما يحتمله بكلام متصل فقبل منه كاستثناء البعض ، وذلك لأن الدراهم يعبر بها عن الوازنة والناقصة والزيوف والجيدة وكونها عليه يحتمل الحلول والتأجيل ، فإذا وصفها بذلك تقيدت به ، كما لو وصف الثمن به فقال : بعتك بعشرة دراهم مؤجلة ناقصة وثبوتها على غير هذه الصفة حالة الاطلاق لا يمنع من صحة تقييدها به كالثمن

وقولهم ان التأجيل يمنع استيفاءها ليس بصحيح وانما يؤخره ، فأشبه الثمن المؤجل ، يحققه أن الدراهم تثبت فى الذمة على هذه الصفات فاذا كانت ثابتة بهذه الصفة لم تقتض الشريعة المطهرة سد باب الاقرار بها على صفتها وعلى ما ذكروه لاسبيل له الى الاقرار بها الاعلى وجه يؤاخذ بغير ماهو واجب عليه فيفسد باب الاقرار

وقول من قال : ان قوله صغاراً ينصرف الى المقدار لا يصح ، لأن مساحة الدراهم لا تعتبر فى الشرع ولا يثبت فى الذمة بمساحة مقدرة : وانما يعتبر الصغر والكبر فى الوزن ، فيرجع الى تفسير المقر

فأما ان قال زيوفا وفسرها بمغشوشة أو معيبة عيباً ينقصها قبل تفسيره ، وان فسرها بنحاس أو رصاص أو مالا قيمة له لم يقبل ، لأن تلك ليست دراهم على الحقيقة فيكون تفسيره به رجوعاً عما أقر به فلم يقبل كاستثناء الكل

(فصل) وان أقر بدراهم وأطلق فى بلد أوزانهم ناقصة كطبرية كان درهمهم أربعة دوانيق وخوارزم كان درهمهم أربعة دوانيق ونصفا : ومكة درهمهم ناقص وكذلك المغرب ، أو فى بلد دراهمهم مغشوشة كمصر والموصل ففيه وجهان

أولهما يلزمه من دراهم البلد ودنانيره ، لأن مطلق كلامهم يحمل على عرف بلدهم كما فى البيع والأثمان

والثانى تلزمه الوازنة الخالصة من الغش لأن اطلاق الدراهم فى الشرع ينصرف اليها بدليل أن بها تقدير نصب الزكاة ومقادير الديات فكذلك اطلاق الشخص ، وفارق البيع فانه ايجاب فى الحال فاختص بدراهم الموضع الذى هما فيه ، والاقرار اخبار عن حق سابق فانصرف الى دراهم الاسلام

(فصل) وان أقر بدراهم وأطلق ثم فسرها بسكة البلد الذى أقر بها فيه قبل لان اطلاقه ينصرف اليه ، وان فسرها بسكة غير سكة البلد أجود منها قبل ، لانه يقر على نفسه بما هو أغلظ وكذلك ان كانت مثلها لانه لا يتهم فى ذلك ، وان كانت أدنى من سكة البلد لكنها مساوية فى الوزن احتمل أن لا يقبل لأن اطلاقها يقتضى دراهم البلد ونقده فلا يقبل منه دونها ، كما لا يقبل فى البيع ، ولانها ناقصة القيمة فلم يقبل تفسيره بها كالناقصة وزنا ، ويحتمل أن يقبل منه وهو قول الشافعى لأنه يحتمل ما فسره به ، وفارق الناقصة لان اطلاق الشرع الدراهم لا يتناولها

بخلاف هذه : ولهذا يتعلق بهذه مقدار النصاب فى الزكاة وغيره وفارق الثمن فإنه إيجاب فى الحال ، وهذا إخبار عن حق سابق

(فصل) وإن قال له على درهم كبير لزمه درهم من دراهم الاسلام لأنه كبير فى العرف ، وإن قال له على دريهم فهو كما لو قال درهم ، لأن التصغير قد يكون لصغره فى ذاته أو لقلة قدره عنده وتحقيره ، وقد يكون لمحبته كما قال الشاعر .

بذيالك الوادى أهيم ولم أقل بذيالك الوادى وذياك من زهد
ولكن إذا ما حب شيء تولعت به أحرف التصغير من شدة الوجد

وان قال له على عشرة دراهم عدداً لزمته عشرة معدودة وازنة ، لأن إطلاق الدراهم يقتضي وازنة ، وذكر العدد لاينافيها فوجب الجمع بينهما ، فإن كان فى بلد يتعاملون بها عدداً من غير وزن فحكمه حكم ما لو أقر بها فى بلد أوزانهم ناقصة أو دراهمهم مغشوشة على ما فصل فيه .

(فصل) وإذا أقر بدرهم ثم أقر بدرهم لزمه درهم واحد ، وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة يلزمه درهمان ، كما لو قال له على درهم ودرهم ، ولا فرق بين أن يكون الإقرار فى وقت واحد أو فى أوقات أو فى مجلس واحد أو مجالس

ولنا أنه يجوز أن يكون قد كرر الخبر عن الأول كما كرر الله تعالى الخبر عن إرساله نوحا وهوداً وصالحا ولوطا وشعيبا وابراهيم وموسى وعيسى ولم يكن المذكور فى قصة غير المذكور فى أخرى كذا ههنا ، فان وصف أحدهما وأطلق الآخر فكذلك ، لأنه لا يجوز أن يكون المطلق هو الموصوف ، أطلقه فى حال ووصفه فى حال ، وان وصفه بصفة واحدة فى المرتين كان تأكيدا لما ذكرنا ، وان وصفه فى إحدى المرتين بغير ماوصفه فى الأخرى فقال درهم من ثمن مبيع ثم قال له على درهم من قرض أو درهم من ثمن ثوب ، ثم قال درهم من ثمن عبد أو قال درهم أبيض ثم قال درهم أسود ، فهما درهمان لأنهما متغايران

(فصـــل) وإن قال له على درهم ودرهم ؛ أو درهم فدرهم ، أو درهم ثم درهم لزمه درهمان ، وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه . وذكر القاضى وجهاً فيما إذا قال درهم فدرهم وقال أردت درهم فدرهم لازم لى أنه يقبل منه ، وهو قول الشافعي ، لأنه يحتمل الصفة

ولنا أن الفاء أحد حروف العطف الثلاثة فأشبهت الواو ثم ولأنه عطف شيئا على شيء بالفاء فاقتضى ثبوتهما كما لو قال أنت طالق فطالق وقد سلمه الشافعي، وماذكروه من احتمال الصفة بعيد لا يفهم حالة الإطلاق فلا يقبل تفسيره به كما لو فسر الدراهم المطلقة بأنها زيوف أو صغار أو مؤجلة وإن قال له على درهم ودرهمان لزمته ثلاثة وإن قال له على درهم ودينار أو فدينار أو قفيز حنطة ، ونحو ذلك لزمه ذلك كله، وإن قال له على درهم ودرهم ودرهم لزمته ثلاثة وحكى ابن أبي موسى عن بعض أصحابنا . أنه إذا قال : أردت بالثالث تأكيد الثاني وبيانه أنه يقبل وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، لأن الثالث في لفظ الثاني فظاهر مذهبه . أنه تلزمه الثلاثة لأن الواو للعطف والعطف يقتضي المغايرة فوجب أن يكون الثالث غير الثاني كما كان الثاني غير الأول والإقرار لا يقتضي تأكيداً فوجب حمله على العدد وكذلك الحكم إذا قال له على درهم فدرهم فدرهم أو درهم ثم درهم ثم درهم وإن قال له على درهم ودرهم ثم درهم أو درهم فدرهم ثم درهم أو درهم ثم درهم فدرهم لزمته الثلاثة وجهاً واحدا لأن الثالث مغاير للثاني لاختلاف حرفي العطف الداخلين عليهما فلم يحتمل التأكيد .

(فصل) وإن قال له على درهم بل درهمان أو درهم لكن درهمان لزمه درهمان وبه قال الشافعي : وقال زفر وداود تلزمه ثلاثة لأن بل للاضراب لأنه لما أقر بدرهم وأضرب عنه لزمه لأنه لا يقبل رجوعه عما أقر به ولزمه الدرهمان اللذان أقر بهما .

ولنا أنه إنما نفى الاقتصار على واحد وأثبت الزيادة عليه فأشبه ما لو قال : له على درهم بل أكثر فإنه لا يلزمه أكثر من اثنين ، وإن قال له على درهم بل درهم أو لكن درهم ففيه وجهان .

أحدهما . يلزمه درهم واحد لأن أحمد قال : فيمن قال لامرأته أنت طالق لا بل أنت طالق أنها لا تطلق إلا واحدة وهذا في معناه وهذا مذهب الشافعي ، لأنه أقر بدرهم مرتين فلم يلزمه أكثر من درهم كما لو أقر بدرهم ثم أنكره ثم قال : بل على درهم، و (لكن للاستدراك فهي في معنى (بل) إلا أن الصحيح أنها لا تستعمل إلا بعد الجحد إلا أن يذكر بعدها جملة .

والوجه الثانى : يلزمه درهمان ذكره ابن أبى موسى وأبو بكر عبد العزيز ، ونقيضه قول زفر وداود . لان ما بعد الإضراب يغاير ما قبله فيجب أن يكون الدرهم الذى أضرب عنه غير الدرهم الذى أقر به بعده فيجب الاثنان كما لو قال له على درهم بل دينار ولان بل من حروف العطف ، والمعطوف غير المعطوف عليه فوجبا جميعاً كما لو قال له على درهم ودرهم ولأنا لو لم نوجب عليه إلا درهما جعلنا كلامه لغواً وإضرابه عنه غير مفيد والاصل فى كلام العاقل أن يكون مفيدا ، ولو كان الذى أضرب عنه لا يمكن أن يكون المذكور بعده ولا بعضه مثل أن يقول له على درهم ، بل دينار أو ديناران أو له على قفيز حنطة بل قفيز شعير أو هذا الدرهم بل هذان لزمه الجميع بغير خلاف علمناه لان الاول لا يمكن أن يكون الثانى ولا بعضه فكان مقرا بهما ولا يقبل رجوعه عن شىء منهما وكذلك كل جملتين أقر بإحداهما ثم رجع الى الاخرى لزماه : وان قال له على درهمان بل درهم أو عشرة بل تسعة لزمه الاكثر لانه أضرب عن واحد ونفاه بعد اقراره به فلم يقبل نفيه له بخلاف الاستثناء فإنه لا ينفى شيئا أقر به ، وإنما هو عبارة عن الباقى بعد الاستثناء فإذا قال . له عشرة الا درهما كان معناه تسعة .

(فصل) وان قال له على درهم قبله درهم أو بعده درهم لزمه درهمان وان قال قبله درهم وبعده درهم لزمه ثلاثة لان قبل وبعد تستعمل للتقديم والتأخير فى الوجوب ، وان قال له على درهم فوق درهم أو تحت درهم أو مع درهم فقال القاضى يلزمه درهم وهو أحد قولى الشافعى . لانه يحتمل فوق درهم فى الجودة أو فوق درهم لى وكذلك تحت درهم وقوله معه درهم يحتمل معه درهم لى وكذلك مع درهم فلم يجب الزائد بالاحتمال ، وقال أبو الخطاب : يلزمه درهمان وهو القول الثانى للشافعى ، لان هذا اللفظ يجرى مجرى العطف لكونه يقتضى ضم درهم آخر اليه ، وقد ذكر ذلك فى سياق الإقرار فالظاهر أنه اقرار ولان قوله (على) يقتضى فى ذمتى وليس للمقر فى ذمة نفسه درهم مع درهم المقر له ، ولا فوقه ، ولا تحته فإنه لا يثبت للإنسان فى ذمة نفسه شىء ، وقال أبو حنيفة وأصحابه ، ان قال فوق درهم لزمه درهمان . لان فوق تقتضى فى الظاهر الزيادة وان قال : تحت درهم لزمه درهم واحد لان تحت تقتضى النقص .

ولنا إن حمل كلامه على معنى العطف فلا فرق بينهما وان حمل على الصفة للدرهم المقر به وجب أن يكون المقر به درهما واحدا سواء ذكره بما يقتضى زيادة الجودة أو نقصها وان قال له على درهم قبله دينار أو بعده أو قفيز حنطة أو معه أو فوقه أو تحته أو مع ذلك فالقول فى ذلك كالقول فى الدرهم سواء .

(فصل) وان قال له على ما بين درهم وعشرة لزمته ثمانية لأن ذلك ما بينهما وان قال من درهم لعشرة ففيه ثلاثة أوجه .

أحدها : تلزمه تسعة وهذا يحكى عن أبى حنيفة لان من لابتداء الغاية وأول الغاية منها والى لانتهائها فلا يدخل فيها كقوله تعالى (ثم أتموا الصيام الى الليل) .

والثانى : تلزمه ثمانية لان الاول والعاشر حدان فلا يدخلان فى الاقرار ولزمه ما بينهما كالتى قبلها .

والثالث : تلزمه عشرة لان العاشر أحد الطرفين فيدخل فيها كالاول وكما لو قال قرأت القرآن من أوله الى آخره فإن قال : أردت بقولى من واحد الى عشرة مجموع الاعداد كلها أى الواحد والاثنان وكذلك الى العشرة لزمه خمسة وخمسون درهما واختصار حسابه أن تزيد أول العدد وهو الواحد على العشرة فيصير أحد عشرة ثم تضربها فى نصف العشرة فما بلغ فهو الجواب .

(فصل) وان قال له على دراهم لزمه ثلاثة لانها أقل الجمع وان قال له على دراهم كثيرة أو وافرة أو عظيمة لزمه ثلاثة وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة : لا يقبل تفسيره بدون العشرة لانها أقل جمع الكثرة وقال أبو يوسف ومحمد لا يقبل أقل من مائتين لان بها يحصل الغنى وتجب الزكاة .

ولنا أن الكثرة والعظمة لا حد لها شرعا ولا لغة ولا عرفا وتختلف بالاضافات وأحوال الناس فالثلاثة أكثر مما دونها وأقل مما فوقها ومن الناس من يستعظم اليسير ومنهم من لا يستعظم الكثير ويحتمل أن المقر أراد كثيرة بالنسبة الى مادونها أو كثيرة فى نفسه فلا تجب الزيادة بالاحتمال .

(فصل) وان قال له على درهمان فى عشرة وقال أردت الحساب لزمه عشرون وان قال أردت درهمين مع عشرة ولم يكن يعرف الحساب قبل منه ولزمه اثناعشرة لان كثيرا من العامة يريدون بهذا اللفظ هذا المعنى وان كان من أهل الحساب

احتمل أن لا يقبل لأن الظاهر من الحساب استعمال ألفاظه لمعانيها فى اصطلاحهم ويحتمل ان يقبل لأنه لا يمنع ان يستعمل اصطلاح العامة وإن قال اردت درهمين فى عشرة لى لزمه درهمان لأنه يحتمل ما يقول وإن قال درهمان فى دينار لم يحتمل الحساب وسئل عن مراده ، فإن قال اردت العطف – او معنى (مع) لزمه الدرهمان والدينار وإن قال أسلمتهما فى دينار فصدقه المقر له بطل إقراره لان سلم احد النقدين فى الاخر لا يصح وإن كذبه فالقول قول المقر له لان المقر وصل إقراره بما يسقطه فلزمه ما اقر به وبطل قوله فى دينار وكذلك إن قال له على درهمان فى ثوب وفسره بالسلم او قال فى ثوب اشتريته منه إلى سنة فصدقه بطل إقراره لانه إن كان بعد التفرق بطل السلم وسقط الثمن وإن كان قبل التفرق فالمقر بالخيار بين الفسخ والامضاء وإن كذبه المقر له فالقول قوله مع يمينه وله الدرهمان .

فصل

وان قال : له عندى درهم فى ثوب أو فى كيس أو زيت فى جرة أو تبن فى غرارة او تمر فى جراب أوسكين فى قراب أو فص فى خاتم أو كيس فى صندوق ، أو قال غصبت منه ثوباً فى منديل او زيتاً فى زق فقيه وجهان .

احدهما : يكون مقرا بالمظروف دون الظرف هذا اختيار ابن حامد ومذهب مالك والشافعى . لان اقراره لم يتناول الظرف فيحتمل ان يكون فى ظرف للمقر فلم يلزمه .

والثانى : يلزمه الجميع لانه ذكر ذلك فى سياق الاقرار ويصلح ان يكون مقراً به فلزمه كما لو قال له عندى عبد عليه عمامة ، وقال ابو حنيفة فى الغصب يلزمه ولا يلزمه فى بقية الصور لان المنديل يكون ظرفا للثوب فالظاهر أنه ظرف له فى حال الغصب صار كأنه قال غصبت ثوبا ومنديلا .

ولنا أنه يحتمل ان يكون المنديل للغاصب وهو ظرف للثوب فيقول : غصبت ثوبا فى منديل لى ولو قال هذا لم يكن مقراً بغصبه ، فاذا اطلق كان محتملا له فلم يكن مقرا بغصبه كما لو قال غصبت دابة فى اصطبلها ، او له على ثوب فى منديل ، وان قال له عندى جرة فيها زيت او جراب فيه تمر أو قراب فيه سكين

فعلى وجهين ، وإن قال له على خاتم فيه فص فكذلك ويحتمل أن يكون مقراً به بفصه وجهاً واحدا لأن الفص جزء من أجزاء الخاتم فأشبه ما لو قال له على ثوب فيه علم ولو قال له : عندى خاتم وأطلق لزمه الخاتم بفصه لأن اسم الخاتم يجمعهما وإن قال : له على ثوب مطرز لزمه الثوب بطرازه .

(فصل) وإن قال له عندى دار مفروشة أو دابة مسرجة أو عبد عليه عمامة ففيه أيضا وجهان ، وقال أصحاب الشافعى تلزمه عمامة العبد دون الفرش أو السرج لان العبد يده على عمامته ويده كيد سيده ولا يد للدابة والدار .

ولنا أن الظاهر أن سرج الدابة لصاحبها وكذلك لو تنازع رجلان سرجا على دابة أحدهما كان لصاحبها فصار كعمامة العبد فأما إن قال له عندى دابة بسرجها أو دار بفرشها أو سفينة بطعامها كان مقرا بهما بغير خلاف لان الباء تعلق الثانى بالاول .

(فصل) وإن قال له على درهم أو دينار أو إما درهم وإما دينار كان مقرا بأحدهما يرجع فى تفسيره إليه لان أو وإما فى الخبر كالشك وتقتضى أحد المذكورين لا جميعهما ، وإن قال له : على اما درهم واما درهمان كان مقرا بدرهم والثانى مشكوك فيه فلا يلزمه بالشك .

« مسألة » قال (ومن أقر بشىء واستثنى منه الكثير وهو أكثر من النصف أخذ بالكل وكان استثناؤه باطلا)

لا يختلف المذهب أنه لا يجوز استثناء ما زاد على النصف ويحكى ذلك عن ابن درستويه النحوى وقال أبو حنيفة ومالك والشافعى وأصحابهم : يصح ما لم يستثن الكل فلو قال له على مائة الا تسعة وتسعين لم يلزمه إلا واحد بدليل قوله تعالى (فبعزتك لأغوينهم أجمعين الا عبادك منهم المخلصين) وقوله تعالى (ان عبادى ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين) فاستثنى فى موضع الغاوين من العباد وفى موضع العباد من الغاوين وأيهما كان الاكثر فقد دل على استثناء الاكثر وأنشدوا :

أدوا التى نقصت تسعين من مائة ... ثم ابعثوا حكما بالحق قواما

فاستثنى تسعين من مائة لانه فى معنى الاستثناء ومشبه به ولانه استثنى البعض لجاز كاستثناء الاقل ؛ ولانه رفع بعض ما تناوله اللفظ لجاز فى الاكثر كالتخصيص والبدل .

ولنا أنه لم يرد فى لسان العرب الاستثناء الا فى الاقل وقد أنكروا استثناء الاكثر فقال أبو اسحاق الزجاج لم يأت الاستثناء الا فى القليل من الكثير ولو قال قائل مائة الا تسعة وتسعين لم يكن متكلما بالعربية وكان عيا من الكلام ولكنه وقال القتبى يقال صمت الشهر الا يوما ولا يقال صمت الشهر الا تسعة وعشرين يوما ، ويقال لقيت القوم جميعهم الا واحدا أو اثنين ولا يجوز أن يقول لقيت القوم الا أكثرهم ، واذا لم يكن صحيحا فى الكلام لم يرتفع به ما أقر به كاستثناء الكل وكما لو قال له على عشرة بل خمسة : فأما ما احتجوا به من التنزيل فإنه فى الآية الاولى استثنى المخلصين من بنى آدم وهم الاقل : كما قال تعالى (الا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ما هم) وفى الاخرى استثنى الغاوين من العباد وهم الاقل فإن الملائكة من العباد وهم غير غاوين ، قال الله تعالى (بل عباد مكرمون) وقيل الاستثناء فى هذه الاية منقطع بمعنى الاستدراك فيكون قوله (ان عبادى ليس لك عليهم سلطان) مبقى على عمومه لم يستثن منه شىء ثم استأنف (الا من اتبعك من الغاوين) أى لكن من اتبعك من الغاوين فإنهم غووا باتباعك ، وقد دل على صحة هذا قوله فى الاية الاخرى لأتباعه (وما كان لى عليكم من سلطان الا أن دعوتكم فاستجبتم لى) وعلى هذا لا يكون لهم فيها حجة . وأما البيت فقال ابن فضال النحوى هو بيت مصنوع لم يثبت عن العرب ، على أن هذا ليس باستثناء فان الاستثناء له كلمات مخصوصة ليس ههنا شىء منها والقياس لا يجوز فى اللغة ثم نعارضه بأنه استثنى أكثر من النصف فلم يجز كاستثناء الكل . والفرق بين استثناء الاكثر والاقل ان العرب استعملته فى الاقل وحسنته ، ونفته فى الاكثر وقبحته فلم يجز قياس ما قبحوه على ما حسنوه وجوزوه .

(فصل) وفى استثناء النصف وجهان . أحدهما . يجوز وهو ظاهر كلام الخرقى لتخصيصه الابطال بما زاد على النصف لانه ليس بأكثر فجاز كالاقل . والثانى : لا يجوز ذكره أبو بكر لانه لم يرد فى كلامهم الا القليل من الكثير والنصف ليس بقليل .

(فصـــل)

وإن قال له على عشرة الا سبعة الا خمسة الا درهمين صح وكان مقراً بستة وذلك لأنه إذا استثنى الكل أو الأكثر سقط ان وقف عليه وان وصله باستثناء آخر استعملناه لأن الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عما بقى فان خمسة الا درهمين عبارة عن ثلاثة استثناها من سبعة بقى أربعة مستثناة من عشر بقى منها ستة ، وان قال له : على ثمانية الا أربعه الا درهمـــين الا درهماً بطل الاستثناء على قول أبى بكر لأنه استثنى النصف وصح على الوجه الآخر فلزمه خمسة .

وإن قال : على عشرة الا خمسة الا ثلاثة الا درهمين الا درهما بطل الاستثناء كله على أحد الوجهين وصح فى الآخر فيكون مقراً بسبعة ، ولو قال عشرة الا ستة الا أربعه الا درهمين فهو على الوجه الذى يصح فيه الاستثناء مقر بستة ولو قال ثلاثة الا درهمين الا درهما كان مقراً بثلاثة .

فأما ان قال له على ثلاثه الا ثلاثة الا درهمين بطل الاستثناء كله لأن استثناء درهمين من ثلاثة استثناء الأكثر وهو موقوف عليه فبطل فإذا بطل الثانى بطل الاول لانه استثناء الكل ولاصحاب الشافعى فى هذا ثلاثة أوجه :

أحدها : يبطل الاستثناء ، لأن الأول بطل لكونه استثناء الكل فبطل الثانى لانه فرعه . والثانى : يصح ويلزمه درهم ، لان الاستثناء الأول لما بطل جعلنا الاستثناء الثانى من الاقرار لانه وليه لبطلان ما بينهما .

والثالث : يصح ويكون مقراً بدرهمين ، لأنه استثنى درهمين من ثلاثة فيبقى منها درهم مستثنى من الاقرار، واستثناء الاكثر عندهم لايصح ووافقهم القاضى فى هذا الوجه : وان قال ثلاثة الا ثلاثة الا درهما بطل الاستثناء كله ويجىء على قول أصحاب الشافعى فيه مثل ما فى التى قبلها .

(فصل) وان قال : له على ألف درهم الا خمسين فالمستثنى دراهم لان العرب لا تستثنى فى الاثبات الا من الجنس ، وان قال : له على ألف الا خمسين درهما فالجميع دراهم كذلك وهذا اختيار ابن حامد والقاضى وهو قول أبى ثور ، وقال أبو الحسن التميمى وأبو الخطاب يكون الالف مبهما يرجع فى تفسيره اليه وهذا

قول مالك والشافعي ، لأن الاستثناء عندهما يصح من غير الجنس ولأن لفظه في الألف مبهم والدراهم لم تذكر تفسيراً له فيبقى على إبهامه .

ولنا أنه لم يرد عن العرب الاستثناء في الاثبات الا من الجنس فتى علم أحد الطرفين علم أن الآخر من جنسه كما لو علم المستثنى منه وقد سلموه وعلته تلازم المستثنى والمستثنى منه في الجنس فما ثبت في أحدهما ثبت في الآخر فعلى قول التميمي يسأل عن المستثنى منه فإن فسره بغير الجنس بطل الاستثناء وعلى قول غيرهما ينظر في المستثنى إن كان مثل المستثنى منه أو أكثر بطل وإلا صح .

فصل

وان قال : له على تسعة وتسعون درهما فالجميع دراهم لا أعلم فيه خلافا ، وان قال مائة وخمسون درهما فكذلك : وخرج بعض أصحابنا وجهاً أنه لا يكون تفسيراً الا لما يليه وهو قول بعض أصحاب الشافعي وكذلك إن قال ألف وثلاثة دراهم أو خمسون درهما وألف درهم أو ألف ومائة درهم أو مائة وألف درهم والصحيح ما ذكرنا فإن الدرهم المفسر يكون تفسيراً لجميع ما قبله من الجمل المبهمة وجنس العدد ، قال الله مخبراً عن أحد الخصمين أنه قال (ان هذا أخى له تسع وتسعون نعجة) وفي الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم توفى وهو ابن ثلاث وستين سنة وتوفى أبو بكر وهو ابن ثلاث وستين سنة وتوفى عمر وهو ابن ثلاث وستين سنة ، وقال عنترة :

فيها اثنتان وأربعون حلوبة سوداً كخافية الغراب الأسحم

ولان الدرهم ذكر تفسيراً ولهذا لا تجب به زيادة على العدد المذكور فكان تفسيراً لجميع ما قبله لأنها تحتاج الى تفسير وهو صالح لتفسيرها فوجب حمله على ذلك وهذا المعنى موجود في قوله ألف وثلاثة دراهم وسائر الصور المذكورة، فعلى قول من لا يجعل المجمل من جنس المفسر أو قال : بعتك هذا بمائة وخمسين درهما : أو بخمسة وعشرين درهما ، لا يصح وهو قول شاذ ضعيف لا يعول عليه .

(فصل) وان قال : له على ألف ودرهم أو ألف وثوب أو قفيز حنطة فالمجمل من جنس المفسر أيضا وكذلك لو قال ألف درهم وعشرة أو ألف ثوب وعشرون ، وهذا قول القاضي وابن حامد وأبي ثور .

وقال التيمى وأبو الخطاب يرجع فى تفسير المجمل إليه لأن الشىء يعطف على غير جنسه قال الله تعالى (يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا) ولأن الألف مبهم فرجع فى تفسيره إلى المقر كما لو لم يعطف عليها ، وقال أبو حنيفة إن عطف على المبهم مكيلا أو موزونا كان تفسيرا له وإن عطف مذروعا أو معدودا لم يكن تفسيرا لأن على للإيجاب فى الذمة فإذا عطف عليه ما يثبت فى الذمة بنفسه كان تفسيرا كقوله مائة وخمسون درهما

ولنا أن العرب تكتفى بتفسير إحدى الجملتين عن الجملة الأخرى قال الله تعالى (ولبثوا فى كهفهم ثلاثمائة سنين وازدادوا تسعا) وقال الله تعالى (عن اليمين وعن الشمال قعيد ولأنه ذكر مبهما مع مفسر لم يقم الدليل على أنه من غير جنسه فكان المبهم من جنس المفسر ، كما لو قال مائة وخمسون درهما أو ثلاثمائة وثلاثة عشر رجلا ، يحققه أن المبهم يحتاج الى التفسير . وذكر التفسير فى الجملة المقارنة له يصلح أن يفسره ؛ فوجب حمل الأمر على ذلك

أما قوله (أربعة أشهر وعشرا) فإنه امتنع أن يكون العشر أشهرا لوجهين : أحدهما أن العشر بغير هاء عدد للمؤنث والأشهر مذكرة ، فلا يجوز أن تعد بغيرها (الثانى) أنها لو كانت أشهراً لقال أربعة عشر شهراً بالتركيب لا بالعطف كما قال (عليها تسعة عشر)

وقولهم ان الألف مبهم ، قلنا قد قرن به ما يدل على تفسيره فأشبه ما لو قال مائة وخمسون درهما ، أو مائة ودرهم عند أبى حنيفة ، فإن قيل : إذا قال مائة وخمسون درهما فالدرهم ذكر للتفسير ولهذا لا يزداد به العدد فصلح تفسيراً لجميع ما قبله بخلاف قوله مائة درهم فإنه ذكر الدرهم للايجاب لا للتفسير ، بدليل أنه زاد به العدد ، قلنا هو صالح للايجاب والتفسير معا ، والحاجة داعية الى التفسير ، فوجب حمل الامر على ذلك صيانة لكلام المقر عن الالباس والابهام وصرفا له الى البيان والافهام

وقول أصحاب أبى حنيفة أن (على) للإيجاب ، قلنا فمتى عطف ما يجب بها على ما يجب وكان أحدهما مبهما والآخر مفسرا وأمكن تفسيره به وجب أن يكون المبهم من جنس المفسر ، فأما ان لم يمكن مثل أن يعطف عدد المذكر على المؤنث

أو بالعكس ونحو ذلك ، فلا يكون أحدهما من جنس الآخر ، ويبقى المبهم على إبهامه كما لو قال له على أربعة دراهم وعشر

« مسألة » قال (واذا قال له عندى عشرة دراهم ثم قال وديعة كان القول قوله)

وجملته أن من أقر بهذا اللفظ فقال له عندى دراهم ثم فسر إقراره بأنها وديعة قبل تفسيره لانعلم فيه اختلافا بين أهل العلم ، سواء فسره بكلام متصل أو منفصل لانه فسر لفظه بما يقتضيه فقبل ، كما لو قال له على دراهم وفسرها بدين عليه فعند ذلك تثبت فيها أحكام الوديعة بحيث لو ادعى تلفها بعد ذلك أو ردها كان القول قوله : وإن فسرها بدين عليه قبل أيضا لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ ، وإن قال له عندى وديعة رددتها اليه أو تلفت لزمه ضمانها ولم يقبل قوله ، وبهذا قال الشافعي لما فيه من مناقضة الاقرار والرجوع عما أقر به ، فان الالف المردود والتالف ليست عنده أصلا ولا هي وديعه ؛ وكل كلام يناقض الاقرار ويحيله يجب أن يكون مردوداً

وقال القاضي يقبل قوله ، لأن أحمد قال فى رواية ابن منصور : إذا قال لك عندى وديعة دفعتها اليك صدق لانه ادعى تلف الوديعة أو ردها فقبل ، كما لو ادعى ذلك بكلام منفصل ، وان قال كانت عندى وظننت أنها باقية ثم عرفت أنها كانت قد هلكت فالحكم فيها كالتى قبلها

« مسألة » قال (ولو قال له على ألف ثم قال وديعة لم يقبل قوله)

وجملة ذلك أنه إذا أقر بدراهم بقوله على كذا ثم فسره بالوديعة لم يقبل قوله فلو ادعى بعد هذا تلفها لم يقبل قوله ، وبهذا قال أبو حنيفه والشافعى . وقيل عن الشافعى يقبل قوله أنها وديعة ، واذا ادعى بعد ذلك تلفها قبل منه . وقال القاضى مايدل على هذا أيضا لان الوديعة عليه حفظها وردها ، فاذا قال على وفسرها بذلك احتمل صدقه فقبل منه ، كما لو وصله بكلامه فقال على ألف وديعة ولان حروف الصفات يخلف بعضها بعضا فيجوز أن يستعمل على بمعنى عندى ، كما قال الله تعالى إخبارا عن موسى عليه السلام أنه قال (ولهم على ذنب) أى عندى . ولنا أن على للايجاب وذلك يقتضى كونها فى ذمته ، وكذلك لو قال ماعلى فلان على كان ضامنا

له والوديعة ليست فى ذمته ولا هى عليه إنما هى عنده وما ذكروه مجاز طريقه حذف المضاف وإقامة المضاف اليه مقامه أو إقامة حرف مقام حرف والاقرار يؤخذ فيه بظاهر اللفظ بدليل أنه لو قال له على دراهم لزمته ثلاثة دراهم وان جاز التعبير بلفظ الجمع عن اثنين وعن واحد كقول الله تعالى (فإن كان له إخوة فلأمه السدس) ومواضع كثيرة فى القرآن ، ولو قال له على درهم وقال أردت نصف درهم فحذفت المضاف وأقمت المضاف اليه مقامه لم يقبل منه ، ولو قال لك من مالى ألف قال صدقت ثم قال أردت أن عليك من مالى ألفاً وأقمت اللام مقام (على) كقول الله تعالى (وان أسأتم فلها) لم يقبل منه ولو قبل فى الاقرار مطلق الاحتمال لسقط ولقبل تفسير الدراهم بالناقصة والزائفة والمؤجلة ، وأما اذا قال لك على ألف ثم قال كان وديعة فتلف لم يقبل قوله لأنه متناقض وقد سبق نحو من هذا .

﴿ فصل ﴾

وان قال لك على مائة درهم ثم أحضرها وقال هذه التى أقررت بها وهى وديعة كانت لك عندى فقال المقر له هذه وديعة والتى أقررت بها غيرها وهى دين عليك فقول الخرقى يقتضى أن القول قول المقر له ، وهو قول أبى حنيفة .

وقال القاضى القول قول المقر مع يمينه وللشافعى قولان كالوجهين وتعليلها ما تقدم وان كان قال فى إقراره لك على مائة فى ذمتى فإن القاضى وافق ههنا فى أنه لا يقبل قول المقر لأن الوديعة عين لا تكون فى الذمة ، قال وقد قيل يقبل لأنه يحتمل فى ذمتى أداؤها ولأنه يجوز أن يكون عنده وديعة تعدى فيها فكان ضمانها عليه فى ذمته ولأصحاب الشافعى فى هذه وجهان .

فأما ان وصل ذلك بكلامه فقال لك على مائة وديعة قبل لأنه وصل كلامه بما يحتمله فصح كما لو قال له على دراهم ناقصة ، وان قال له على مائة وديعة دينا أو مضاربة دينا صح ولزمه ضمانها لأنها قد يتعدى فيها فتكون دينا ، وان قال أردت أنه شرط على ضمانها لم يقبل لأنها تصير بذلك دينا ، وان قال عنده مائة وديعة شرط على ضمانها لم يلزمه ضمانها لان الوديعة لا تصير بالشرط مضمونة .

وان قال على وعندى مائة درهم عارية لزمته وكانت مضمونة عليه سواء حكمنا بصحة العارية فى الدراهم أو بفسادها لأن ما ضمن فى العقد الصحيح ضمن

فى الفاسد ، وان قال أودعنى مائة فلم أقبضها أو أقرضنى مائة فلم آخذها قبل قوله متصلا ولم يقبل إذا كان منفصلا وهكذا إذا قال نقدنى مائة فلم أقبضها ، وهذا قول الشافعى .

(فصل) فإن قال له فى هذا العبد ألف أو له من هذا العبد ألف طولب بالبيان فإن قال نقد عنى ألفا فى ثمنه كان قرضا ، وان قال نقد فى ثمنه ألفا قلنا بين كم ثمن العبد وكيف كان الشراء فإن قال بإيجاب واحد وزن ألفاً ووزنت ألفا كان مقراً بنصف العبد ، وان قال وزنت ألفين كان مقراً بثلثه والقول قوله مع يمينه سواء كانت القيمة قدر ماذكره أوأقل لأنه قد يغبن وقد يغبن ، وان قال اشتريناه بإيجابين قيل فكم اشترى منه فإن قال نصفا أو ثلثا أو أقل أو أكثر قبل منه مع يمينه وافق القيمة أوخالفها ، وان قال وصى له بألف من ثمنه بيع وصرف اليه من ثمنه ألف وان أراد أن يعطيه ألفا من ماله من غير ثمن العبد لم يلزمه قبوله لأن الموصى له يتعين حقه فى ثمنه ، وان فسر ذلك بألف من جناية جناها العبدفتعلقت برقبته قبل ذلك وله بيع العبد ودفع الألف من ثمنه ، وان قال أردت أنه رهن عنده بألف ففيه وجهان .

(أحدهما لا يقبل لأن حق المرتهن فى الذمة (والثانى) يقبل ، لأن الدين يتعلق بالرهن فصح تفسيره به كالجناية ومذهب الشافعى كما ذكرنا فى الفصل جميعه

(فصل)

وان قال له فى مالى هذا ألف أو من مالى ألف وفسره بدين أو وديعة أو وصية فيه قبل . وقال بعض أصحاب الشافعى لا يقبل اقراره لان ماله ليس هو لغيره

ولنا أنه أقر بالف فقبل كما لو قال فى مالى ويجوز أن يضيف اليه مالا بعضه لغيره ويجوز أن يضيف مال غيره اليه لاختصاص له به أو يد له عليه أو ولاية قال الله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا وقال سبحانه فى النساء (لا تخرجوهن من بيوتهن) وقال لازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم (وقرن فى بيوتكن) فلا يبطل إقراره مع احتمال صحته .

وان قال أردت هبة قبل منه ، لأنه محتمل وان امتنع من تقبيضها لم يجبر عليه لأن الهبه فيها لا تلزم قبل القبض ، وكذلك يخرج فيما إذا قال لفلان فى دارى هذه نصفها أو من دارى بعضها .

وقد نقل عن أحمد ما يدل على روايتين قال فى رواية مهنا فيمن قال نصف عبدى هذا لفلان لم يجز إلا أن يقول قد وهبته ، وان قال نصف مالى هذا لفلان، لا أعرف هذا . ونقل ابن منصور إذا قال فرسى هذه لفلان فإقراره جائز ، فظاهر هذا صحة الاقرار ، فإن قال له فى هذا المال نصفه أو له نصف هذه الدار فهو إقرار صحيح ، وان قال له فى هذا المال ألف صح ، وان قال له فى ميراث أبى ألف فهو إقرار بدين على التركة .

وإن قال فى ميراثى من أبى وقال أردت هبة قبل منه ، ولأنه إذا أضاف الميراث إلى أبيه فمقتضاه ماخلفه فيقتضى وجوب المقر به فيه ، واذا أضاف الميراث الى نفسه فمعناه ما ورثته وانتقل الىّ فلا يحمل على الوجوب واذا أضاف اليه منه جزءاً فالظاهر أنه جعل له جزءاً من ماله .

(فصل) وان قال له فى هذا العبد شركة صح اقراره وله تفسيره بأى قدر كان منه ، وقال أبو يوسف يكون مقراً بنصفه لقوله تعالى (فهم شركاء فى الثلث) فاقتضى ذلك التسوية بينهم كذا ههنا .

ولنا أن أى جزء كان له منه فله فيه شركة فكان له تفسيره بما شاء كالنصف وليس اطلاق لفظ الشركة على ما دون النصف مجازاً ولا مخالفا للظاهر والآية تثبت التسوية فيها بدليل . وكذلك الحكم اذا قال هذا العبد شركة بيننا

فصل فى الإقرار بالمجهول

واذا قال لفلان على شيء أو كذا صح اقراره ولزمه تفسيره وهذا لا خلاف فيه ويفارق الدعوى حيث لاتصح مجهولة لكون الدعوى له والإقرار عليه فلزمه ما عليه مع الجهالة دون ماله ، ولأن المدعى اذا لم يصحح دعواه فله داع الى تحريرها والمقر لا داعى له الى التحرير ولا يؤمن رجوعه عن اقراره فيضيع حق المقر له فألزمناه اياه مع الجهالة ، فان امتنع من تفسيره حبس حتى يفسر .

وقال القاضي : يجعل ناكلا ويؤمر المقر له بالبيان ، فإن بين شيئا نصدقه المقر ثبت ، وإن كذبه وامتنع من البيان قيل له : إن بينت وإلا جعلناك ناكلا وقضينا عليك ، وهذا قول أصحاب الشافعي ، إلا أنهم قالوا : ان بينت والا حلفنا المقر له على ما يدعيه وأوجبناه عليك ، فان فعل وإلا أحلفنا المقر له وأوجبناه على المقر . ووجه الأول أنه ممتنع من حق عليه فيحبس به ، كما لو عينه وامتنع من أدائه ، ومع ذلك متى عينه المدعي وادعاه فنكل المقر فهو على ما ذكروه . وإن مات من عليه الحق أخذ ورثته بمثل ذلك . لأن الحق ثبت على موروثهم فيتعلق بتركته ، وقد صارت الى الورثة فيلزمهم ما لزم موروثهم ، كما لو كان الحق معينا ، وإن لم يخلف الميت تركة فلا شيء على الورثة ، ومتى فسر إقراره بما يتمول في العادة قبل تفسيره وثبت إلا أن يكذبه المقر له ويدعي جنساً آخر أو لا يدعي شيئا فيبطل إقراره .

وان فسره بما لا يتمول عادة كقشرة جوزة أو قشرة باذنجانة لم يقبل اقراره . لأن إقراره اعتراف بحق عليه ثابت في ذمته ، وهذا لا يثبت في الذمة . وكذلك إن فسره بما ليس بمال في الشرع كالخمر والخنزير والميتة لم يقبل ، وإن فسره بكلب لايجوز اقتناؤه فكذلك ، وان فسره بكلب يجوز اقتناؤه أو جلد ميتة غير مدبوغ ففيه وجهان . أحدهما يقبل لأنه شيء يجب رده عليه وتسليمه اليه فالإيجاب يتناوله

والثاني لا يقبل لأن الاقرار اخبار عما يجب ضمانه وهذا لا يجب ضمانه ، وان فسره بحبة حنطة أو شعير ونحوها لم يقبل ، لأن هذا لا يتمول عادة على انفراده وان فسره بحد قذف قبل ، لأنه حق يجب عليه ، ويحتمل أن لا يقبل لأنه لا يؤول الى مال ؛ والأول أصح ، لأن ما ثبت في الذمة صح أن يقال هو علي ، وان فسره بحق شفعة قبل ، لأنه حق واجب ويؤول الى المال ، وان فسره برد السلام أو تشميت العاطس ونحوه لم يقبل ، لأنه يسقط بفواته فلا يثبت في الذمة . وهذا الاقرار يدل على ثبوت الحق في الذمة ، ويحتمل أن يقبل تفسيره به اذا أراد أن حقا علي رد سلامه اذا سلم وتشميته اذا عطس ، لما روى في الخبر « المسلم على المسلم ثلاثون حقا : يرد سلامه ويشمت عطسته ويجيب دعوته » وذكر الحديث ، وان قال غصبته شيئا وفسره بما ليس بمال قبل ، لأن اسم الغصب يقع عليه .

وان قال غصبته نفسه لم يقبل : لان الغصب لا يثبت عليه ، وهذا الفصل أكثره مذهب الشافعي . وحكى عن أبي حنيفة أنه لا يقبل تفسير اقراره بغير المكيل والموزون لأن غيرهما لا يثبت فى الذمة بنفسه

ولنا أنه مملوك يدخل تحت العقد فجاز أن يفسر به الشيء فى الاقرار كالمكيل والموزون ، ولأنه يثبت فى الذمه فى الجملة فصح التفسير كالمكيل ولا عبرة بسبب ثبوته فى الاقرار به والاخبار عنه

(فصـــل)

وان أقر بمال قبل تفسيره بقليل المال وكثيره ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يقبل تفسيره بغير المال الزكوى ، لقول الله تعالى (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم) وقوله (وفى أموالهم حق) وحكى بعض أصحاب مالك عنه ثلاثة أوجه : أحدها كقولنا

والثانى لا يقبل الا أول نصاب من نصب الزكاة من نوع أموالهم

والثالث مايقطع به السارق ويصح مهراً لقول الله تعالى (أن تبتغوا بأموالكم)

ولنا أن غير ما ذكروه يقع عليه اسم المـال حقيقة وعرفا ويتمول عادة فيقبل تفسيره به كالذى وافقوا عليه . وأما آيات الزكاة فهى عامة دخلها التخصيص . وقوله تعالى (وفى أموالهم حق) لم يرد به الزكاة بدليل أنها نزلت بمكة قبل فرض الزكاة فلا حجة لهم فيها ، ثم يرد قولهم قوله تعالى (أن تبتغوا بأموالكم والتزويج جائز بأى نوع كان من المـال وبما دون النصاب ، وان قال : له على مال عظيم أو كثير أو جليل أو خطير جاز تفسيره بالقليل والكثير كما لو قال : مال لم يزد عليه ، وهذا قول الشافعي

وحكى عن أبي حنيفة : لا يقبل تفسيره بأقل من عشرة دراهم لأنه يقطع به السارق ويكون صداقا عنده ، وعنه لا يقبل بأقل من مائتى درهم ، وبه قال صاحباه لأنه الذى تجب فيه الزكاة . وقال بعض أصحاب مالك كقولهم فى المال ، ومنهم من قال يزيد على ذلك أقل زيادة ، ومنهم من قال قدر الدية

وقال الليث بن سعد : اثنان وسبعون ، لأن الله تعالى قال (لقد نصركم الله فى

مواطن كثيرة) وكانت غزواته وسراياه اثنتين وسبعين، قالوا ولأن الحبة لا تسمى مالا عظيما ولا كثيراً

ولنا أن ما فسر به المال فسر به العظيم كالذي سلموه، ولأن العظيم والكثير لا حد له في الشرع ولا في اللغة ولا في العرف ويختلف الناس فيه، فمنهم من يستعظم القليل ومنهم من يستعظم الكثير ومنهم من يحتقر الكثير، فلم يثبت في ذلك حد يرجع الى تفسيره به، ولانه ما من مال الا وهو عظيم كثير بالنسبة الى ما دونه. ويحتمل أنه أراد عظيما عنده لفقر نفسه ودناءتها، وما ذكروه فليس فيه تحديد للكثير، وكون ما ذكروه كثيراً لا يمنع الكثرة فيما دونه. وقد قال الله تعالى (اذكروا الله كثيرا) فلم ينصرف الى ذلك، وقال (كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة) فلم يحمل على ذلك، والحكم فيما اذا قال عظيم جداً أو عظيم عظيم كما لو لم يقله لما قررناه.

(فصل) وان قال: له على أكثر من مال فلان فسره بأكثره منه عدداً أو قدراً لزمه أكثر منه، وتفسر الزيادة بأي شيء أراد ولو حبة أو أقل، وان قال: ما علمت لفلان أكثر من كذا أو كذا وقامت البينة بأكثر منه لم يلزمه أكثر مما اعترف به، لأن مبلغ المال حقيقة لا يعرف في الاكثر، وقد يكون ظاهراً وباطنا فيملك مالا يعرفه المقر، فكان المرجع الى ما اعتقده المقر مع يمينه اذا ادعى عليه أكثر منه. وان فسره بأقل من ماله مع علمه بماله لم يقبل.

وقال أصحابنا. يقبل تفسيره بالقليل والكثير، وهو مذهب الشافعي، سواء علم مال فلان أو جهله، أو ذكر قدره أو لم يذكره، أو قاله عقيب الشهادة بقدره أو لا، لانه يحتمل أنه أكثر منه بقاء أو منفعة أو بركة لكونه من الحلال أو لانه في الذمة، قال القاضي: ولو قال لي عليك ألف دينار، فقال لك على أكثر من ذلك لم يلزمه أكثر منها، لان لفظة أكثر مبهمة لاحتمالها ما ذكرنا، ويحتمل أنه أراد أكثر منه فلوسا أو حب حنطة أو شعير أو دخن فرجع في تفسيرها اليه، وهذا بعيد، فإن لفظة أكثر انما تستعمل حقيقة في العدد أو في القدر وتنصرف الى جنس ما أضيف أكثر اليه لا يفهم في الاطلاق غير ذلك. قال الله تعالى (كانوا أكثر منهم)

وأخبر عن الذى قال (أنا أكثر منك مالا) وقالوا نحن أكثر أموالا وأولاداً والإقرار يؤخذ فيه بالظاهر دون مطلق الاحتمال ولهذا لو أقر بدراهم لزمه أقل الجمع جياداً صحاحاً وازنة حالة ولو قال له : على دراهم لمن يقبل تفسيرها بالوديعة ولو رجع إلى مطلق الاحتمال لسقط الإقرار ، واحتمال ما ذكروه أبعد من هذه الاحتمالات التى لم يقبلوا تفسيره بها فلا يعول على هذا .

(فصل) ولو قال له على ألف إلا شيئاً قبل تفسيره بأكثر من خمسمائة لأن الشيء يحتمل القليل والكثير ، لكن لا يجوز استثناء الأكثر فتعين حمله على ما دون النصف ، وكذلك إن قال : إلا قليلا لأنه مبهم فأشبه قوله إلا شيئا ، وإن قال له على معظم ألف أو جل ألف أو قريب من ألف لزمه أكثر من نصف الألف ويحلف على الزيادة إن ادعيت عليه .

(فصل) وإن قال له على كذا ففيه ثلاث مسائل :

أحدها : أن يقول كذا بغير تكرير ولا عطف .

الثانية : أن يكرر بغير عطف ، الثالثة : أن يعطف فيقول كذا وكذا .

فأما الأولى : فإذا قال له . كذا درهم لم يخل من أربعة أحوال .

أحدها : أن يقول له على كذا درهم بالرفع فيلزمه درهم ، وتقديره شيء هو درهم لجعل الدرهم بدلا من كذا .

الثانى : أن يقول درهم بالجر فيلزمه جزء درهم يرجع فى تفسيره إليه ، والتقدير جزء درهم أو بعض درهم ، ويكون كذا كناية عنه .

الثالث : أن يقول درهما بالنصب فيلزمه درهم ويكون منصوباً على التفسير ، وهو التمييز ، وقال بعض النحويين : هو منصوب على القطع كأنه قطع ما ابتدأ به وأقر بدرهم ، وهذا على قول نحاة الكوفة .

الرابع : أن يذكره بالوقف فيقبل تفسيره بجزء درهم أيضاً ، لأنه لا يجوز أن يكون أسقط حركة الجر للوقف ، وهذا مذهب الشافعى ، وقال القاضى : يلزمه درهم فى الحالات كلها ، وهو قول بعض أصحاب الشافعى .

ولنا أن كذا اسم مبهم ، فصح تفسيره بجزء درهم فى حال الجر والوقف .

المسألة الثانية : إذا قال كذا كذا بغير عطف فالحكم فيها كالحكم فى كذا بغير

تكرار سواء لا يتغير الحكم ولا يقتضى تكريره الزيادة كأنه قال : شيء شيء ، ولأنه إذا قاله بالجر احتمل أن يكون قد أضاف جزءاً إلى جزء ، ثم أضاف الجزء الاخر إلى الدرهم فقال : نصف تسع درهم وهكذا لو قال : كذا كذا كذا لأنه يحتمل أن يريد ثلث خمس سبع درهم ونحوه .

المسألة الثالثة : إذا عطف فقال : كذا وكذا درهم بالرفع لزمه درهم واحد ، لأنه ذكر شيئين ثم أبدل منهما درهما فصار كأنه قال . هما درهم : وإن قال : درهما بالنصب ففيه ثلاثة أوجه .

أحدها : يلزمه درهم واحد ، وهو قول أبي عبد الله بن حامد والقاضى ، لأن كذا يحتمل أقل من درهم فإذا عطف عليه مثله ثم فسرهما بدرهم واحد جاز وكان كلاما صحيحا ، وهذا يحكى قولا للشافعى .

والوجه الثانى : يلزمه درهمان ، وهو اختيار أبي الحسن التميمى لانه ذكر جملتين فإذا فسر ذلك بدرهم عاد التفسير الى كل واحدة منهما كقوله عشرون درهما يعود التفسير إلى العشرين وكذا ههنا ، وهذا يحكى قولا ثانيا للشافعى .

والوجه الثالث : يلزمه أكثر من درهم ، ولعله ذهب إلى أن الدرهم تفسير للجملة التى تليه فيلزمه بها درهم ، والاولى باقية على إبهامها فيرجع فى تفسيرها إليه وهذا يشبه مذهب التميمى . وقال محمد بن الحسن إذا قال كذا درهما لزمه عشرون درهما لانه أقل عدد يفسر بالواحد المنصوب ، وإن قال كذا كذا درهما لزمه أحد عشر درهما لانه أقل عدد مركب يفسر بالواحد المنصوب ، وإن قال كذا وكذا درهما لزمه أحد وعشرون لانه أقل عدد عطف بعضه على بعض يفسر بذلك ، وان قال كذا درهم بالجر لزمه مائة درهم لانه أقل عدد يضاف الى الواحد ، وحكى عن أبي يوسف أنه قال . كذا كذا أو كذا وكذا يلزمه بهما أحد عشر درهما .

ولنا أنه يحتمل ما قلنا ويحتمل ما قالوه فوجب المصير الى ما قلنا لانه اليقين وما زاد مشكوك فيه فلا يجب بالشك كما لو قال له على دراهم لم يلزمه الا أقل الجمع ولا يلزم كثرة الاستعمال فإن اللفظ اذا كان حقيقة فى الامرين جاز التفسير بكل واحد منهما ، وعلى ما ذكره محمد يكون اللفظ المفرد موجبا لاكثر من المكرر

فإنه يجب بالمفرد عشرون ، وبالمركب احدى عشر ، ولا نعرف لفظا مفرداً متناولا لعدد صحيح يلزم به أكثر مما يلزم بمكرره .

(فصل) ولو قال غصبتك أو غبنتك لم يلزمه شيء لانه قد يغصبه نفسه ويغبنه في غير المال ، وإن قال غصبتك شيئا وفسره بغصب نفسه لم يقبل لانه جعل له مفعولين ، فجعله المفعول الاول وشيئا المفعول الثاني ويجب أن يكون الثاني غير الاول ، وان فسره بمال قبل وان قل ، وان فسره بكلب أو جلد ميتة أو سرجين ينتفع به قبل لانه قد يقهره فيأخذه منه . وان فسره بما لا نفع فيه أو بما لا يباح الانتفاع به لم يقبل لان أخذ ذلك ليس بغصب .

(فصل) وتقبل الشهادة على الإقرار بالمجهول لان الإقرار به صحيح وما كان صحيحا في نفسه صحت الشهادة به كالمعلوم .

« مسألة » قال (ولو قال له عندي رهن فقال المالك وديعة كان القول قول المالك)

انما قدم قول المالك لان العين ثبتت له بالإقرار وادعى المقر دينا لا يعترف له به والقول قول المنكر ، ولانه أقر بمال لغيره وادعى أن له به تعلقا فلم يقبل كما لو ادعاه بكلام منفصل ، وكذلك لو أقر له بدار وقال استأجرتها أو بثوب وادعى أنه قصره أو خاطه بأجر يلزم المقر له لم يقبل لانه مدع على غيره حقا فلا يقبل قوله الا ببينة وكذلك لو قال هذه الدار له ولي سكناها سنة .

(فصل) وان قال لك علي ألف من ثمن مبيع لم أقبضه فقال المدعى عليه بل لي عليك ألف ولا شيء لك عندي فقال أبو الخطاب ، فيه وجهان .

أحدهما القول قول المقر له لانه اعترف له بالالف وادعى عليه مبيعا فأشبه ما اذا قال هذا رهن فقال المالك وديعة أو له علي ألف ولي عنده مبيع لم أقبضه .

والثاني القول قول المقر ، قال القاضي . هو قياس المذهب وهو قول الشافعي وأبي يوسف لانه أقر بحق في مقابلة حق له لا ينفك أحدهما عن الاخر فإذا لم يسلم له ماله لم يسلم للمقر له ما عليه كما لو قال لرجل بعتك هذا العبد بألف ، قال بل ملكتنيه بغير شيء ، وفارق ما لو قال له عندي رهن فقال المالك بل وديعة لان الدين ينفك عن الرهن ،

ولو قال السيد لعبده بعتك نفسك بألف فأنكر العبد عتق ولا شيء للمقر لأن العتق ينفك عن الثمن ، ولا فرق بين أن يقول لم أقبضه منفصلا أو متصلا ، فلو قال : له على ألف من ثمن مبيع ثم سكت ثم قال لم أقبضه فيقبل قوله كما لو كان متصلا لأن إقراره تعلق بالمبيع والأصل عدم القبض فقبل قوله فيه ، فأما إن قال : على ألف ثم سكت ثم قال : من ثمن مبيع لم يقبل لأنه فسر إقراره بما يسقط وجوب تسليمه بكلام منفصل فلم يقبل كما لم يقبل لو قال : له على ألف ثم سكت ثم قال : مؤجل .

فصل

وإذا قال بعتك جاريتي هذه ، قال : بل زوجتنيها فلا يخلو ، إما أن يكون اختلافهما قبل نقد الثمن أو بعده وقبل الاستيلاد أو بعده ، فإن كان بعد اعتراف البائع بقبض الثمن فهو مقر بها لمدعي الزوجية لأنه يدعي عليه شيئاً والزوج ينكر أنها ملكه ويدعي حلها له بالزوجية فيثبت الحل لاتفاقهما عليه ولا ترد إلى البائع لاتفاقهما على أنه لا يستحق أخذها ، وإن كان قبل قبض الثمن وبعد الاستيلاد فالبائع يقر أنها صارت أم ولد وولدها حر وأنه لا مهر له ويدعي الثمن والمشتري ينكر ذلك كله فيحكم بحرية الولد لإقرار من ينسب إليه ملكه بحريته ولا ولاء عليه لاعترافه بأنه حر الأصل ولا ترد الأمة إلى البائع لإقراره بأنها أم ولد لا يجوز نقل الملك فيها ويحلف المشتري أنه ما اشتراها ويسقط عنه ثمنها إلا قدر المهر فإنه يجب لاتفاقهما على وجوبه ، وإن اختلفا في سببه ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي .

وقال بعضهم يتحالفان ولا يجب مهر ولا ثمن وهو قول القاضي ، إلا أنه لا يجعل على البائع يمينا لأنه لا يرى اليمين في إنكار النكاح : ونفقة الولد على أبيه لأنه حر ونفقة الأمة على زوجها لأنه اما زوج وإما سيد وكلاهما سبب لوجوب النفقة ، وقال القاضي نفقتها في كسبها فإن كان فيه فضل فهي موقوفة لأننا أزلنا عنها ملك السيد وأثبتنا لها حكم الاستيلاد ، فإن ماتت وتركت مالا فللبائع قدر ثمنها لأنه إما أن يكون صادقاً فهو يستحق على المشتري ثمنها وتركتها للمشتري وللمشتري

مقر للبائع بها فيأخذ منها قدر ما يدعيه ، وإن كان كاذباً فهى ملكه وتركتها كلها له فيأخذ منها قدر ما يدعيه وبقيته موقوفة وان ماتت بعد الوطء فقد ماتت حرة فميراثها لولدها وورثتها فإن لم يكن لها وارث فميراثها موقوف لأن أحداً لا يدعيه ، وليس للسيد أن يأخذ منه قدر الثمن ، لأنه يدعي الثمن على الواطىء وليس ميراثها له لأنه قد مات قبلها ، وان كان اختلافهما قبل الاستيلاد فعندى أنها تقر فى يد الزوج لاتفاقهما على حلها له واستحقاقه امساكها وانما اختلفا فى السبب ، ولا ترد الى السيد لاتفاقهما على تحريمها عليه وللبائع أقل الامرين من الثمن أو المهر لاتفاقهما على استحقاقه لذلك . والامر فى الباطن على ذلك فإن السيد ان كان صادقاً فالامة حلال لزوجها بالبيع ، وان كان كاذباً فهى حلال له بالزوجية والقدر الذى اتفقا عليه ان كان السيد صادقا فهو يستحقه ثمنا وان كان كاذبا فهو يستحقه مهراً ، وقال القاضى : يحلف الزوج أنه ما اشتراها لانه منكر ويسقط عنه الثمن ولا يحتاج السيد الى اليمين على نفى الزوجية لانه لا يستحلف فيه ؛ وعند الشافعى يتحالفان معا ويسقط الثمن عن الزوج لان عقد البيع ما ثبت ولا يجب المهر ، لان السيد لا يدعيه وترد الجارية الى سيدها وفى كيفية رجوعها وجهان .

أحدهما : ترجع اليه فيملكها ظاهراً وباطنا كما يرجع البائع فى السلعة عند فلس المشترى بالثمن لان الثمن ههنا قد تعذر فيحتاج السيد أن يقول فسخت البيع وتعود اليه ملكا .

والثانى : ترجع اليه فى الظاهر دون الباطن ، لان المشترى امتنع من أداء الثمن مع امكانه ، فعلى هذا يبيعها الحاكم ويوفيه ثمنها فإن كان وفق حقه فحسن وان كان دونه أخذه ، وان زاد فالزيادة لا يدعيها أحد لان المشترى يقر بها للبائع ، والبائع لا يدعى أكثر من الثمن الاول ، فهل تقر فى يد المشترى أو ترجع الى بيت المال ؟ يحتمل وجهين ، فإن رجع البائع وقال صدق خصمى ما بعته اياها بل زوجته لم يقبل فى اسقاط حرية الولد ولا فى استرجاعها ان صارت أم ولد وقبل فى اسقاط الثمن واستحقاق المهر وأخذ زيادة الثمن واستحقاق ميراثها وميراث ولدها ، وإن رجع الزوج ثبتت الحرية ووجب عليه الثمن .

(فصل) ولو أقر رجل بحرية عبد ثم اشتراه أو شهد رجلان بحرية عبد لغيرهما فردت شهادتهما ثم اشتراه أحدهما من سيده عتق فى الحال لاعترافه بأن الذى اشتراه حر ويكون البيع صحيحا بالنسبة الى البائع لانه محكوم له برقه وفى حق المشترى استنقاذاً واستخلاصا فإذاصار فى يده حكم بحريته لاقراره السابق ويصير كما لو شهد رجلان على رجل أنه طلق امرأته ثلاثا فرد الحاكم شهادتهما فدفعا الى الزوج عوضا ليخلعا صح وكان فى حقه خلعا صحيحا وفى حقهما استخلاصا ويكون ولاؤه موقوفا لان أحدا لا يدعيه فإن البائع يقول ما أعتقته والمشترى يقول ما أعتقه الا البائع وأنا استخلصته فإن مات وخلف مالا فرجع أحدهما عن قوله فالمال له لان أحدا لا يدعيه سواه لان الراجع ان كان البائع فقال صدق المشترى كنت أعتقته فالولاء له ويلزمه رد الثمن الى المشترى لاقراره ببطلان البيع وان كان الراجع المشترى قبل فى المال لان أحداً لا يدعيه سواه ولا يقبل قوله فى نفى الحرية لانها حق لغيره وان رجعا معا فيحتمل أن يوقف حتى يصطلحا عليه لانه لأحدهما ولا يعرف عينه ويحتمل أن من هو فى يده يحلف ويأخذه لانه منكر وان لم يرجع واحد منهما ففيه وجهان .

أحدهما : يقر فى يد من هو فى يده فإن لم يكن فى يد أحدهما فهو لبيت المال لان أحداً لا يدعيه ويحتمل أن يكون لبيت المال على كل حال لذلك .

(فصل) ولو أقر لرجل بعبد أو غيره ثم جاءه به وقال هذا الذى أقررت لك به قال بل هو غيره لم يلزمه تسليمه الى المقر له لأنه لا يدعيه ويحلف المقر أنه ليس له عنده عبد سواه فإن رجع المقر له فادعاه لزمه دفعه اليه لأنه لا منازع له فيه ، وان قال المقر له صدقت هذا لى والذى أقررت به آخر لى عندك لزمه تسليم هذا ويحلف على نفى الآخر .

« مسألة » قال (ولو مات فخلف ولدين فاقر أحدهما بأخ أو أخت لزمه أن يعطى الفضل الذى فى يديه لمن أقر له به)

وجملة ذلك أن أحد الوارثين اذا أقر بوارث ثالث مشارك لهما فى الميراث لم يثبت النسب بالاجماع لأن النسب لا يتبعض فلا يمكن اثباته فى حق المقر دون

المنكر ولا يمكن إثباته فى حقهما ، لأن أحدهما منكر ولم توجد شهادة يثبت بها النسب ولكنه يشارك المقر فى الميراث فى قول أكثر أهل العلم . وقال الشافعى لايشاركه ، وحكى ذلك عن ابن سيرين وقال ابراهيم ليس بشىء حتى يقروا جميعاً لأنه لم يثبت نسبه فلا يرث كما لو أقر بنسب معروف النسب .

ولنا أنه أقر بسبب مال لم يحكم ببطلانه فلزمه المال كما لو أقر ببيع أو أقر بدين فأنكر الآخر ، وفارق ما اذا أقر بنسب معروف النسب فإنه محكوم ببطلانه ولأنه يقر له بمال يدعيه المقر له ويجوز أن يكون له فوجب الحكم له به كما لو أقر بدين على أبيه أو أقر له بوصية فأنكر سائر الورثة . اذا ثبت هذا فإن الواجب له فضل مافى يد المقر عن ميراثه ، وبهذا قال ابن أبى ليلى ومالك والثورى والحسن ابن صالح وشريك ويحيى بن آدم واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة اذا كان اثنان فأقر أحدهما بأخ لزمه دفع نصف مافى يده وان أقر بأخت لزمه ثلث مافى يده لأنه أخذ مالا يستحقه من التركة فصار كالغاصب فيكون الباقى بينهما كما لو غصب بعض التركة أجنبى ولأن الميراث يتعلق ببعض التركة كما يتعلق بجميعها فإذا هلك بعضها أو غصب تعلق الحق بباقيها . والذى فى يد المنكر كالمغصوب فيقتسمان الباقى بالسوية كما لو غصبه أجنبى .

ولنا أن التركة بينهم أثلاثا فلا يستحق مما فى يده الا الثلث كما لو ثبت نسبه ببينة ، ولأنه اقرار بحق يتعلق بحصته وحصة أخيه فلا يلزمه أكثر مما يخصه كالإقرار بالوصية ، وكإقرار أحد الشريكين على مال الشركة بدين ولأنه لو شهد معه بالنسب أجنبى ثبت ، ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته لكونه يجر بها نفعا لكونه يسقط عن نفسه بعض ما يستحقه عليه ولأنه حق لو ثبت ببينة لم يلزمه الا قدر حصته فاذا ثبت بالاقرار لم يلزمه أكثر من ذلك كالوصية ، وفارق ما اذا غصب بعض التركة وهما اثنان لأن كل واحد منهما يستحق النصف من كل جزء من التركة ، وههنا يستحق الثلث من كل جزء من التركة ولأصحاب الشافعى فيما اذا كان المقر صادقا فيما بينه وبين الله تعالى هل يلزمه أن يدفع الى المقر له نصيبه ؟ على وجهين . أحدهما : يلزمه وهو الاصح ؛ وهل يلزمه أن يدفع اليه نصف ما فى يده أو ثلثه ؟ على وجهين .

(فصـــل)

وان أقر جميع الورثة بنسب من يشاركهم فى الميراث ثبت نسبه ، سواء كان الورثة واحداً أو جماعة ذكراً أو أنثى ، وبهذا قال الشافعى وأبو يوسف ، وحكاه عن أبى حنيفة ، لان الوارث يقوم مقام الميت فى ميراثه وديونه ، والديون التى عليه وبيناته ودعاويه والأيمان التى له وعليه ، وكذلك فى النسب

وقد روت عائشة أن سعد بن أبى وقاص اختصم هو وعبد بن زمعة فى ابن أمة زمعة فقال سعد أوصانى أخى عتبة اذا قدمت مكة أن أنظر الى ابن أمة زمعة واقبضه فانه ابنه ، فقال عبد بن زمعة أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « هو لك يا عبد بن زمعة وللعاهر الحجر » فقضى به لعبد بن زمعة ، وقال « احتجبي منه باسودة » والمشهور عن أبى حنيفة أنه لا يثبت الا باقرار رجلين ، أو رجل وامرأتين ، وقال مالك لا يثبت الا باقرار اثنين لانه يحمل النسب على غيره ، فاعتبر فيه العدد كالشهادة

ولنا أنه حق يثبت بالاقرار فلم يعتبر فيه العدد كالدين ، ولانه قول لا تعتبر فيه العدالة فلم يعتبر العدد فيه كاقرار الموروث ، واعتباره بالشهادة لا يصح . لانه لا يعتبر فيه اللفظ ولا العدالة ، ويبطل بالاقرار بالدين .

(فصل فى شروط الاقرار بالنسب)

لا يخلو اما أن يقر على نفسه خاصة ، أو عليه وعلى غيره ، فان أقر على نفسه مثل أن يقر بولد اعتبر فى ثبوت نسبه أربعة شروط :

أحدها : أن يكون المقر به مجهول النسب فان كان معروف النسب لم يصح لأنه يقطع نسبه الثابت من غيره ، وقد لعن النبي صلى الله عليه وسلم من انتسب إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه

الثانى أن لا ينازعه فيه منازع ، لأنه إذا نازعه فيه غيره تعارضا فلم يكن إلحاقه بأحدهما أولى من الآخر .

الثالث أن يمكن صدقه بأن يكون المقر به يحتمل أن يولد لمثله

الرابع أن يكون ممن لا قول له ، كالصغير والمجنون أو يصدق المقر إن كان

ذا قول وهو المكلف ، فإن كان غير مكلف لم يعتبر تصـــديقه ، فإن كبر وعقل فأنكر لم يسمع إنكاره لأن نسبه ثابت ، وجرى ذلك مجرى من ادعى ملك عبد صغير فى يده ، وثبت بذلك ملكه فلما كبر جحد ذلك ، ولو طلب إحلافه على ذلك لم يستحلف ، لأن الاب لو عاد لجحد النسب لم يقبل منه ، وإن اعترف انسـان بأن هذا أبوه فهو كاعترافه بأنه ابنه ، فأما إن كان إقراراً عليه وعلى غيره كإقرار بأخ اعتبر فيه الشروط الاربعة وشرط خامس وهو كون المقر جميع الورثة ، فإن كان المقر زوجا أو زوجة لا وارث معهما لم يثبت النسب بإقرارهما ، لأن المقر لا يرث المال كله . وان اعترف به الإمام معه ثبت النسب لانه قائم مقام المسلمين فى مشاركة الوارث وأخذ الباقى

وإن كان الوارث بنتا أو أختا أو أما أو ذا فرض يرث جميع المال بالفرض والرد ثبت النسب بقوله كالابن لانه يرث المال كله . وعند الشافعى لا يثبت بقوله النسب لأنه لا يرى الرد ويجعل الباقى لبيت المال ، ولهم فيما اذا وافقه الامام فى الاقرار وجهان ، وهذا من فروع الرد ويذكر فى موضعه

وان كانت بنت وأخت أو أخت وزوج ثبت النسب بقولها لأنها يأخذان المال كله ، واذا أقر بابن ابنه وابنه ميت اعتبرت فيه الشروط التى تعتبر فى الاقرار بالاخ ؛ وكذلك ان أقر بعم وهو ابن جده فعلى ما ذكرناه

﴿ فصـــل ﴾

وإن كان أحد الولدين غير وارث لكونه رقيقا أو مخالفا لدين موروثه أو قاتلا فلا عبرة به وثبت النسب بقول الآخر وحده لانه يحوز جميع الميراث ثم ان كان المقر به يرث شارك المقر فى الميراث ، وان كان غير وارث لوجود أحد الموانع فيه ثبت نسبه ولم يرث ، وسواء كان المقر مسلما أو كافراً

(فصل) وان كان أحد الوارثين غير مكلف ، كالصبى والمجنون ، فأقر المكلف بأخ ثالث لم يثبت النسب بإقراره ، لأنه لا يحوز الميراث كله ، فإن بلغ الصبى أو أفاق المجنون فأقرا به أيضا ثبت نسبه لاتفاق جميع الورثة عليه ، وإن أنكر لم يثبت النسب ، وان ماتا قبل أن يصيرا مكلفين ثبت نسب المقر به ، لأنه وجد

الإقرار من جميع الورثة ، فإن المقر به صار جميع الورثه ، ولو كان الوارثان بالغين عاقلين فاقر به أحدهما وأنكر الآخر ثم مات المنكر وورثه المقر ثبت نسب المقر به ، لأن المقر به صار جميع الورثه ، فأشبه ما لو أقر به ابتداء بعد موت أخيه وكما لو كان شريكه فى الميراث غير مكلف

وفيه وجه آخر أنه لا يثبت النسب لانه أنكره بعض الورثه فلم يثبت نسبه كما لو لم يمت ؛ بخلاف ما اذا كان شريكه غير مكلف فإنه لم ينكره وارث ، وهذا فيما إذا كان المقر يحوز جميع الميراث بعد الميت ، فإن كان للميت وارث سواه أو من يشاركه فى الميراث لم يثبت النسب بقول الباقى منهما وجها واحداً لانه ليس كل الورثه ويقوم وارث الميت الثانى مقامه ، فإذا وافق المقر فى إقراره ثبت النسب ، وان خالفه لم يثبت كالموروث ، وان خلف ولدين فاقر أحدهما بأخ وأنكره الآخر ثم مات المنكر وخلف ابنا فاقر بالذى أنكره أبوه ثبت نسبه لإقرار جميع الورثة به ، ويحتمل أن لا يثبت لانكار الميت له

(فصل) واذا أقر الوارث بمن يحجبه ، كأخ أقر بابن للميت وأخ من أب أقر بأخ من أبوين وابن ابن أقر بابن للميت ثبت نسب المقر به وورث وسقط المقر . وهذا اختيار ابن حامد والقاضى وقول أبي العباس بن سريج . وقال أكثر أصحاب الشافعى يثبت نسب المقر به ولا يرث لان توريثه يفضى إلى إسقاط توريثه فسقط ، بيانه أنه لو ورث لخرج المقر به عن كونه وارثا فيبطل اقراره وسقط نسب المقر به وتوريثه فيؤدى توريثه الى اسقاط نسبه وتوريثه فأثبتنا النسب دون الميراث

ولنا أنه ابن ثابت النسب لم يوجد فى حقه أحد موانع الارث فيدخل فى عموم قوله تعالى (يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) أو فيرث ، كما لو ثبت نسبه ببينة ، ولان ثبوت النسب سبب للميراث فلا يجوز قطع حكمه عنه ولا يورث محجوب به مع وجوده وسلامته من الموانع ؛ وما احتجوا به لا يصح لاننا انما نعتبر كون المقر وارثا على تقدير عدم المقر به ، وخروجه بالاقرار عن الارث لا يمنع صحته ، بدليل أن الابن اذا أقر بأخ فانه يرث مع كونه يخرج باقراره عن أن يكون جميع الورثة .

فإن قيل انما يقبل اقراره اذا صدقه المقر به فصار اقراراً من جميع الورثة

وان كان المقر به طفلا أو مجنونا لم يعتبر قوله ، فقد أقر كل من يعتبر قوله : قلنا ومثله ههنا فإنه ان كان المقر به كبيراً فلا بد من تصديقه فقد أقر به كل من يعتبر اقراره ، وان كان صغيرا غير معتبر القول لم يثبت النسب بقول الاخر كما لو كانا ابنين أحدهما صغيراً فأقر البالغ بأخ لم يقبل ولم يقولوا انه لا تعتبر موافقته ، كذا ههنا ، ولانه لو كان فى يد انسان عبد محكوم له بملكه فأقر به لغيره ثبت للمقر له ، وان كان المقر يخرج بالاقرار عن كونه مالكا ، كذا ههنا

﴿ فصـــل ﴾

فإن خلف ابنا فأقر بأخ ثبت نسبه ، ثم ان أقر بثالث ثبت نسبه أيضا لانه اقرار من جميع الورثة ، فان قال الثالث: الثانى ليس بأخ لنا ، فقال القاضى يسقط نسب الثانى لان الثالث وارث منكر لنسب الثانى ، فأشبه ما لو كان نسبه ثابتا قبل الثانى . وفيه وجه آخر : لا يسقط نسبه ولا ميراثه ، لان نسبه ثبت بقول الاول وثبت ميراثه فلا يسقط بعد ثبوته ، ولانه أقر به من هو كل الورثة حين الاقرار وثبت ميراثه فلا يسقط بعد ثبوته ، ولأن الثانى لو أنكر الثالث لم يثبت نسبه وإنما ثبت نسبه بإقراره فلا يجوز له إسقاط نسب من يثبت نسبه بقوله كالاول ، ولان ذلك يؤدى الى اسقاط الاصل بالفرع الذى يثبت به

(فصل) وان أقر الابن بأخوين دفعة واحدة ، فصدق كل واحد منهما صاحبه ثبت نسبهما ، وان تكاذبا ففيهما وجهان : أحدهما لا يثبت نسبهما ، وهو مذهب الشافعى ، لان كل واحد منهما لم يقر به كل الورثة .

والثانى يثبت نسبهما ، لان كل واحد منهما وجد الاقرار به من ثابت النسب هو كل الورثه حين الإقرار فلم يعتبر موافقة غيره ، كما لو كانا صغيرين ، فان كان أحدهما يصدق صاحبه دون الاخر ثبت نسب المتفق عليه منهما ، وفى الآخر وجهان . وان كانا توأمين ثبت نسبهما ، ولم يلتفت الى انكار المنكر منهما سواء تجاحدا معا أو جحد أحدهما صاحبه لاننا نعلم كذبهما ، فانهما لا يفترقان ، ولو أقر الوارث بنسب أحدهما ثبت نسب الاخر لانهما لا يفترقا فى النسب، وان أقر بنسب صغيرين دفعة واحدة ثبت نسبهما على الوجه الذى يثبت فيه نسب الكبيرين المتجاحدين

وهل يثبت على الوجه الآخر؟ يحتمل أن يثبت لأنه أقر به كل الورثة حين الاقرار ولم يجحده أحد فأشبه ما لو انفرد ، ويحتمل ألا يثبت لأن أحدهما وارث ، ولم يقر بصاحبه ، فلم يجتمع كل الورثة على الاقرار به ، ويدفع المقر إلى كل واحد منهما ثلث الميراث ، سواء قلنا بثبوت النسب أو لم نقل لأنه مقر به

﴿ فصـــل ﴾

إذا خلف امرأة وأخا فأقرت المرأة بابن للميت وأنكر الأخ لم يثبت نسبه ؛ ودفعت اليه ثمن الميراث ، وهو الفضله التى فى يد الزوجة عن ميراثها ، وان أقر به الأخ وحده لم يثبت نسبه ودفع اليه جميع ما فى يده وهو ثلاثة أرباع المال ، فإن خلف اثنين فأقر أحدهما بامرأة لابيه وأنكر الاخر لم تثبت الزوجية ويدفع اليها نصف ثمن الميراث . ولاصحاب الشافعى فى هذه المسئلة كقولنا ، لان الزوجية زالت بالموت وإنما المقر به حقها من الميراث

ولهم وجه آخر : لاشىء لها ، وإن كان للميت امرأة أخرى فلا شىء للمقر لها ، لان الفضل الذى تستحقه فى يد غير المقر ، وكذلك ما كان مثل هذا ، مثل أن يخلف أخا من أب وأخا من أم ، فيقر الاخ من الام بأخ للميت ، فلا شىء للمقر به ، سواء أقر بأخ من أبوين أو من أب أو من أم لان ميراثه فى يد غير المقر ، وإن أقر بأخوين من أم دفع اليهما ثلث ما فى يده ، لانه يقر أنهم شركاء فى الثلث لكل واحد منهما تسع وفى يده سدس وهو تسع ونصف تسع ، فيفضل فى يده نصف تسع ، وهو ثلث ما فى يده

(فصل) واذا شهد من الورثة رجلان عدلان بنسب مشارك لهم فى الميراث ثبت نسبه اذا لم يكونا متهمين ، وكذلك ان شهدا على اقرار الميت به ، وان كانا متهمين كأخوين من أم يشهدان بأخ من أبوين فى مسألة فيها زوج وأختان من أبوين لم تقبل شهادتهما ، لان ثبوت نسبه يسقط العول فيتوفر عليهما الثلث . وكذلك لو شهدا بأخ من أب فى مسألة معهما أم وأخت من أبوين ، وأخت من أب لم تقبل شهادتهما ، لأن ثبوت نسبه يسقط أخته فيذهب العول من المسألة ، فإن لم يكونا وارثين أو لم يكن للميت تركة قبلت شهادتهما وثبت النسب لعدم التهمة .

(فصل) وإن أقر رجلان عدلان بنسب مشارك لهما فى الميراث : وثم وارث غيرهما لم يثبت النسب إلا أن يشهدا به ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : يثبت لأنها بينة .

ولنا أنه إقرار من بعض الورثة فلم يثبت به النسب كالواحد وفارق الشهادة لأنه تعتبر فيها العدالة والذكورية . والاقرار بخلافه

(فصل) إذا أقر بنسب ميت صغير أو مجنون ثبت نسبه وورثه ، وبهذا قال الشافعى ، ويحتمل أن يثبت نسبه دون ميراثه لأنه متهم فى قصد أخذ ميراثه ، وقال أبو حنيفة : لا يثبت نسبه ولا إرثه لذلك .

ولنا أن علة ثبوت نسبه فى حياته الإقرار به ، وهو موجود بعد الموت ، فيثبت به كحالة الحياة ، وما ذكروه يبطل ما إذا كان المقر به حيا موسرا ، أو المقر فقيرا فإنه يثبت نسبه ، ويملك المقر التصرف فى ماله وإنفاقه منه على نفسه ، وإن كان المقر به كبيرا عاقلا ، فكذلك فى قول القاضى ، وظاهر مذهب الشافعى ، لأنه لا قول له أشبه الصغير ، وفيه وجه آخر . أنه لا يثبت نسبه لأن نسب المكلف لا يثبت الا بتصديقه ، ولم يوجد ويجاب عن هذا بأنه غير مكلف فإن ادعى نسب المكلف فى حياته فلم يصدقه حتى مات المقر ، ثم صدقه ثبت نسبه لأنه وجد الإقرار والتصديق من المقر به فأشبه ما لو صدقه فى حياته ، وقال أبو الخطاب : واذا أقر رجل بزوجية امرأة ، أو أقرت أن فلانا زوجها ، فلم يصدقه المقر به الا بعد موته ورثه ، لأنه وجد الاقرار والتصديق معا .

(فصل) واذا خلف رجل امرأة وابنا من غيرها ، فأقر الابن بأخ له لم يثبت نسبه لأنه لم يقر به كل الورثة ، وهل يتوارثان ؟ فيه وجهان .

أحدهما : يتوارثان . لأن كل واحد منهما يقر أنه لا وارث له سوى صاحبه ولا منازع لهما .

والثانى : لا يتوارثان . لان النسب بينهما لم يثبت لما كان لكل واحد منهما وارث غير صاحبه لم يرثه ، لانه منازع فى الميراث ، ولم يثبت نسبه .

(فصل) واذا ثبت النسب بالاقرار ثم أنكر المقر ، لم يقبل انكاره لانه نسب ثبت بحجة شرعية ، فلم يزل بإنكاره كما لو ثبت ببينة أو بالفراش ، وسواء

كان المقر به غير مكلف أو مكلفا فصدق المقر ويحتمل أن يسقط نسب المكلف باتفاقهما على الرجوع عنه لأنه ثبت باتفاقهما فزال برجوعهما كالمال والأول أصح لأنه نسب ثبت بالاقرار فأشبه نسب الصغير والمجنون ، وفارق المال لأن النسب يحتاط لإثباته .

(فصل) وإن أقرت المرأة بولد ولم تكن ذات زوج ولا نسب قبل إقرارها وإن كانت ذات زوج فهل يقبل إقرارها ؟ على روايتين :

إحداهما : لا يقبل لأن فيه حملا لنسب الولد على زوجها ، ولم يقر به ، أو إلحاقا للعار به بولادة امرأته من غيره .

والثانية : يقبل لأنها شخص أقر بولد يحتمل أن يكون منه ، فقبل كالرجل ، وقال أحمد فى رواية ابن منصور فى امرأة ادعت ولدا فإن كان لها أخوة أو نسب معروف ، فلا بد من أن يثبت أنه ابنها فإن لم يكن لها دافع فمن يحول بينها وبينه ، وهذا لانها متى كانت ذات أهل ، فالظاهر أنه لا تخفى عليهم ولادتها فتى ادعت ولدا لا يعرفونه ، فالظاهر كذبها ، ويحتمل أن تقبل دعواها مطلقا لان النسب يحتاط له فأشبهت الرجل .

(فصل) ولو قدمت امرأة من بلد الروم معها طفل فأقر به رجل لحقه لوجود الامكان وعدم المنازع لأنه يحتمل أن يكون دخل أرضهم ، أو دخلت هى دار الاسلام ووطئها والنسب يحتاط لإثباته ، ولهذا لو ولدت امرأة رجل وهو غائب عنها بعد عشرين سنة من غيبته لحقه ، وإن لم يعرف له قدوم إليها ، ولا عرف لها خروج من بلدها .

(فصل) وإن أقر بنسب صغير ، لم يكن مقرا بزوجية أمه ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : إذا كانت مشهورة بالحرية كان مقرا بزوجيتها لان أنساب المسلمين وأحوالهم يجب حملها على الصحة ، وذلك أن تكون ولدته منه فى نكاح صحيح .

ولنا أن الزوجية ليست مقتضى لفظه ولا مضمونه ، فلم يكن مقرا بها كما لو لم تكن معروفه بالحرية ، وما ذكروه لا يصح فإن النسب محمول على الصحة

وقد يلحق بالوطء فى النكاح الفاسد والشبهة فلا يلزمه بحكم إقراره ما لم يتضمنه لفظه ولم يوجبه .

(فصل) وإذا كان له أمة لها ثلاثة أولاد ، لا زوج لها ولا أقر بوطئها فقال أحد هؤلاء ولدى فإقراره صحيح ، ويطالب بالبيان فإن عين أحدهم ثبت نسبه وحريته ، ثم يسأل عن كيفية الاستيلاد فإن قال كان بنكاح فعلى الوالد الولاء لانه قد مسه رق ، والام وولداها الآخران رقيق قن ، وإن قال : استولدتها فى ملكى فالمقر به حر الاصل لا ولاء عليه والامة أم ولد ، ثم ان كان المقر به الاكبر فأخواه أبناء أم ولد حكمها حكمها فى العتق بموت سيدها ، وان كان الاوسط فالاكبر قن والاصغر له حكم أمه ، وان عين الاصغر فأخواه رقيق قن ، لانها ولدتهما قبل الحكم بكونها أم ولد ، وان قال : هو من وطء شبهة ، فالولد حر الاصل وأخواه مملوكان ، وان مات قبل أن يبين أخذ ورثته بالبيان ويقوم بيانهم مقام بيانه فإن بينوا النسب ولم يبينوا الاستيلاد ثبت النسب وحرية الولد ولم يثبت للأم ولا لولديها حكم الاستيلاد لانه يحتمل أن يكون من نكاح أو وطء شبهة ، وان لم يبينوا النسب وقالوا : لا نعرف ذلك ولا الاستيلاد فإنا نريه القافة فإن ألحقوا به واحدا منهم ألحقناه ، ولا يثبت حكم الاستيلاد لغيره فإن لم تكن قافة أقرع بينهم ، فمن وقعت له القرعة عتق وورث ، وبهذا قال الشافعى : الا أنه لا يورثه بالقرعة .

ولنا أنه حر استندت حريته الى اقرار أبيه فورث كما لو عينه فى اقراره .

(فصـــل)

واذا كان له أمتان لكل واحدة منهما ولد فقال أحد هذين ولدى من أمتى نظرت فإن كان لكل واحدة منهما زوج يمكن إلحاق الولد به لم يصح اقراره ولحق الولدان بالزوجين ، وان كان لاحداهما زوج دون الاخرى انصرف الاقرار الى ولد الاخرى لانه الذى يمكن إلحاقه به وان لم يكن لواحدة منهما زوج ولكن أقر السيد بوطئهما صارتا فراشاً ولحق ولداهما به اذا أمكن أن يولد بعد وطئه وان أمكن فى احداهما دون الاخرى انصرف الاقرار الى من أمكن لانه ولده حكما ، وان لم يكن أقر بوطء واحدة منهما صح اقراره وتثبت حرية

المقر به لأنه أقر بنسب صغير مجهول النسب مع الإمكان لا منازع له فيه فلحقه نسبه ؛ ثم يكلف البيان كما لو طلق إحدى نسائه فإذا بين قبل بيانه لأن المرجع فى ذلك اليه ، ثم يطالب ببيان كيفية الولادة ، فإن قال استولدتها فى ملكى فالولد حر الأصل لا ولاء عليه وأمه أم ولد ، وإن قال فى نكاح فعلى الولد الولاء لأنه مسه رق والأمة قن لأنها علقت بمملوك ، وإن قال بوطء شبهة فالولد حر الأصل والأمة قن لأنها علقت به فى غير ملك .

وان ادعت الاخرى أنها التى استولدها فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم الاستيلاد فأشبه ما لو ادعت ذلك من غير إقراره بشىء فإذا حلف رقت ورق ولدها وإذا مات ورثه ولده المقر به .

وان كانت أمه قد صارت أم ولد عتقت أيضاً وان لم تصر أم ولد عتقت على ولدها إن كان هو الوارث وحده وإن كان معه غيره عتق منها بقدر ما ملك فإن مات قبل أن يبين قام وارثه مقامه فى البيان لأنه يقوم مقامه فى إلحاق النسب وغيره فإذا بين كان كما لو بين الموروث ، وان لم يعلم الوارث كيفية الاستيلاد ففى الأمة وجهان .

أحدهما : يكون رقيقا لأن الرق الأصل فلا يزول بالاحتمال .

والثانى : يعتق ، لأن الظاهر أنها ولدته فى ملكه ، لأنه أقر بولدها وهى فى ملكه ، وهذا منصوص الشافعى ، فان لم يكن وارث أو كان وارث فلم يعين عرض القافة فان ألحقت به أحدهما ثبت نسبه وكان حكمه كما لو عين الوارث فان لم تكن قافة أو كانت فلم تعرف أقرع بين الولدين فيعتق أحدهما بالقرعة لأن للقرعة مدخلا فى إثبات الحرية ، وقياس المذهب ثبوت نسبه وميراثه على ما ذكرنا فى التى قبلها ؛ وقال الشافعى لا يثبت نسب ولا ميراث واختلفوا فى الميراث ، فقال المزنى يوقف نصيب ابن لأننا تيقنا ابنا وارثا، ولهم وجه آخر لا يوقف شىء لانه لا يرجى انكشافه ، وقال أبو حنيفة : يعتق من كل واحد نصفه ويستسعى فى باقيه ولا يرثان ، وقال ابن أبى ليلى مثل ذلك إلا أنه يجعل الميراث بينهما نصفين ويدفعانه فى سعايتهما والكلام على قسمة الحرية والسعاية يأتى فى العتق إن شاء الله تعالى .

• مسألة ، قال ﴿ وكذلك إن أقر بدين على أبيه لزمه من الدين بقدر ميراثه ﴾

وجملة ذلك أن الوارث إذا أقر بدين على موروثه قبل إقراره بغير خلاف نعلمه ويتعلق ذلك بتركة الميت كما لو أقر به الميت قبل موته فإن لم يخلف تركة لم يلزم الوارث بشيء لأنه لا يلزمه أداء دينه إذا كان حيا مفلسا فكذلك إذا كان ميتا وان خلف تركة تعلق الدين بها فان أحب الوارث تسليمها فى الدين لم يلزمه الا ذلك وان أحب استخلاصها وإيفاء الدين من ماله فله ذلك ويلزمه أقل الأمرين من قيمتها أو قدر الدين بمنزلة الجانى ، وان كان الوارث واحداً فحكمه ما ذكرنا وان كانا اثنين أو أكثر وثبت الدين باقرار الميت او ببينة أو إقرار جميع الورثة فكذلك ، وإذا اختار الورثة أخذ التركة وقضاء الدين من أموالهم فعلى كل واحد منهم من الدين بقدر ميراثه ، وان أقر أحدهم لزمه من الدين بقدر ميراثه والخيرة اليه فى تسليم نصيبه فى الدين أو استخلاصه ، وإذا قدره من الدين فان كانا اثنين لزمه النصف وان كانوا ثلاثة فعليه الثلث ، وبهذا قال النخعى والحسن والحكم واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور والشافعى فى أحد قوليه .

وقال أصحاب الرأى يلزمه جميع الدين أو جميع ميراثه وهذا آخر قولى الشافعى رجع اليه بعد قوله كقولنا ، لأن الدين يتعلق بتركته فلا يستحق الوارث منها الا ما فضل من الدين لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصى بها أو دين) ولأنه يقول ما أخذه المنكر أخذه بغير استحقاق فكان غاصبا فتعلق الدين بما بقى من التركة كما لو غصبه أجنبي .

ولنا أنه لا يستحق أكثر من نصف الميراث فلا يلزمه أكثر من نصف الدين كما لو أقر أخوه ، ولأنه اقرار يتعلق بحصته وحصة أخيه فلا يجب عليه الا ما يخصه كالإقرار بالوصية واقرار أحد الشريكين على مال الشركة ولأنه حق لو ثبت ببينة أو قول الميت أو اقرار الوارثين لم يلزمه الا نصفه فلم يلزمه باقراره أكثر من نصفه كالوصية ولأن شهادته بالدين مع غيره تقبل ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته لأنه يجر بها الى نفسه نفعا .

(فصل) اذا ادعى رجلان داراً بينهما ملكاها بسبب يوجب الاشتراك مثل

أن يقولا ورثناها أو ابتعناها معا فأقر المدعى عليه بنصفها لأحدهما فذلك لهما جميعاً لأنهما اعترفا ان الدار لهما مشاعة فإذا غصب غاصب نصفها كان منهما والباقي بينهما ، وان لم يكونا ادعيا شيئاً يقتضي الاشتراك بل ادعى كل واحد منهما نصفها فأقر لأحدهما بما ادعاه لم يشاركه الآخر وكان على خصومته لأنهما لم يعترفا بالاشتراك ، فإن أقر لاحدهما بالكل وكان المقر له يعترف للآخر بالنصف سلمه اليه وكذلك ان كان قد تقدم إقراره بذلك وجب تسليم النصف اليه لأن الذى هي فى يده قد اعترف له بها فصار بمنزلته فيثبت لمن يقر له ، وان لم يكن اعترف للآخر وادعى جميعها أو ادعى أكثر من النصف فهو له .

فإن قيل فكيف يملك جميعها ولم يدع الا نصفها ، قلنا ليس من شرط صحة الاقرار تقدم الدعوى بل متى أقر الانسان بشيء فصدقه المقر له ثبت وقد وجد التصديق ههنا فى النصف الذى لم يسبق دعواه ويجوز ان يكون اقتصر على دعوى ألف لان له حجة به أو لأن النصف الآخر قد اعترف له به فادعى النصف الذى لم يعترف به ، فان لم يصدقه فى إقراره بالنصف الذى لم يدعه ولم يعترف به للآخر ففيه ثلاثة أوجه .

أحدها يبطل الإقرار به لانه أقر به لمن لا يدعيه .

الثاني : ينزعه الحاكم من يده حتى يثبت لمدعيه ويؤجره ويحفظ أجرته لمالكه

والثالث يدفع الى مدعيه لعدم المنازع فيه : ومذهب الشافعي فى هذا الفصل كله كنحو ما ذكرنا .

« مسألة » قال (وكل من قلت : القول قوله فلخصمه عليه اليمين)

يعنى فى هذا الباب وفيما أشبهه مثل أن يقول عندى ألف ثم قال وديعة أو قال على ثم قال وديعة أو قال له عندى رهن فقال المالك وديعة ، ومثل الشريك والمضارب والمنكر للدعوى ، وإذا اختلفا فى قيمة الرهن أو قدره أو قدر الدين الذى الرهن به وأشباه هذا فكل من قلنا القول قوله فعليه لخصمه اليمين لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لو أعطى الناس بدعاويهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم ، ولأن اليمين يشرع فى حق من ظهر

صدقه وقوى جانبه تقوية لقوله واستظهارا، والذى جعل القول قوله كذلك فيجب أن تشرع اليمين فى حقه .

(فصل) إذا أقر أنه وهب وأقبض الهبة أو رهن وأقبض أو أنه قبض المبيع أو أجر المستاجر ثم أنكر ذلك وسأل احلاف خصمه ففيه روايتان :

إحداهما : لا يستحلف ، وهو قول أبى حنيفة ومحمد لأن دعواه تكذيب لإقراره فلا تسمع كما لو أقر المضارب أنه ربح ألفاً ثم قال غلطت ولأن الاقرار أقوى من البينة ، ولو شهدت البينة فقال احلفوه لى مع بينته لم يستحلف كذا ههنا

والثانية : يستحلف ، وهو قول الشافعى وأبى يوسف لأن العادة جارية بالاقرار قبل القبض فيحتمل صحة ماقاله فينبغى أن يستحلف خصمه لنفى الاحتمال ويفارق الاقرار البينة لوجهين .

أحدهما : أن العادة جارية بالاقرار بالقبض ولم تجر العادة بالشهادة على القبض قبله لأنها تكون شهادة زور .

والثانى : أن إنكاره مع الشهادة طعن فى البينة وتكذيب لها وفى الاقرار بخلافه ولم يذكر القاضى فى المجرد غير هذا الوجه ، وكذلك لو أقر أنه اقترض منه ألفا وقبضها أو قال له على ألف ثم قال : ما كنت قبضتها وإنما أقررت لأقبضها فالحكم كذلك ولأنه يمكن أن يكون قد أقر بقبض ذلك بناء على قول وكيله وظنه والشهادة لا تجوز الا على اليقين ، فأما ان أقر أنه وهبه طعاما ثم قال ما أقبضتكه ، وقال المتهب بل أقبضتنيه فالقول قول الواهب لأن الأصل عدم القبض ، وان كانت فى يد المتهب فقال أقبضتنيها فقال بل أخذتها منى بغير إذنى فالقول قول الواهب أيضا لأن الاصل عدم الاذن ، وان كانت حين الهبه فى يد المتهب لم يعتبر إذن الواهب وإنما يعتبر مضى مدة يتأتى القبض فيها وعلى من قلنا القول قوله منهما اليمين لما ذكرنا .

« مسألة » قال (والاقرار بدين فى مرض موته كالاقرار فى الصحة إذا كان لغير وارث)

هذا ظاهر المذهب وهو قول أكثر أهل العلم ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن إقرار المريض فى مرضه لغير الوارث جائز: وحكى

أصحابنا رواية أخرى أنه لايقبل لانه إقرار فى مرض الموت أشبه الاقرار لوارث وقال أبو الخطاب : فيه رواية أخرى أنه لا يقبل إقراره بزيادة على الثلث لأنه ممنوع من عطية ذلك لأجنبي كما هو ممنوع من عطية الوارث فلا يصح اقراره بما لا يملك عطيته بخلاف الثلث فما دون .

ولنا أنه اقرار غير متهم فيه فقبل كالاقرار فى الصحة ، يحققه أن حالة المرض أقرب الى الاحتياط لنفسه وابراء ذمته وتحرى الصدق فكان أولى بالقبول ، وفارق الاقرار للوارث لانه متهم فيه على ما سنذكره .

(فصل) فإن أقر لاجنبي بدين فى مرضه وعلية دين ثبت ببينة أو اقرار فى صحته وفى المال سعة لهما فهما سواء ، وان ضاق عن قضائهما فظاهر كلام الخرقي أنهما سواء وهو اختيار التميمى ، وبه قال مالك والشافعى وأبو ثور ، وذكر أبو عبيد أنه قول أكثر أهل المدينة لأنهما حقان يجب قضاؤهما من رأس المال لم يختص أحدهما برهن فاستويا كما لو ثبتا ببينة .

وقال ابو الخطاب : لايحاص غرماء الصحة ، وقال القاضى هو قياس المذهب لنص أحمد فى المفلس أنه اذا اقر وعليه دين ببينة يبدأ بالدين الذى بالبينة ، وبهذا قال النخعى والثورى وأصحاب الرأى لأنه أقر بعد تعلق الحق بتركته فوجب أن لا يشارك المقر له من ثبت دينه ببينة كغريم المفلس الذى أقر له بعد الحجر عليه والدليل على تعلق الحق بماله منعه من التبرع ومن الاقرار لوارث ولأنه محجور عليه ولهذا لاتنفذ هباته وتبرعاته فلم يشارك من أقر له قبل الحجر ومن ثبت دينه ببينة كالذى أقر له المفلس ، وان أقر لهما جميعا فى المرض تساويا ولم يقدم السابق منهما لانهما استويا فى الحال فأشبها غريمى الصحة .

« مسألة » قال ﴿ وان أقر لوارث لم يلزم باقى الورثة قبوله الا ببينة ﴾

وبهذا قال شريح وأبو هاشم وابن أذينة والنخعى ويحي الأنصارى وأبو حنيفة واصحابه، وروى ذلك عن القاسم وسالم ، وقال عطاء والحسن واسحاق وابو ثور يقبل لان من صح الاقرار له فى الصحة صح فى المرض كالاجنبى، وللشافعى قولان كالمذهبين، وقال مالك يصح اذا لم يتهم ويبطل ان اتهم كمن له بنت وابن عم

فأقر لابنته لم يقبل وإن أقر لابن عمه قبل لأنه لا يتهم فى أنه يزوى ابنته ويوصل المال إلى ابن عمه . وعلة منع الإقرار التهمة فاختص المنع بموضعها

ولنا أنه إيصال لما له إلى وارثه بقوله فى مرض موته فلم يصح بغير رضى بقية ورثته كهبته ولأنه محجور عليه فى حقه فلم يصح إقراره له كالصبي فى حق جميع الناس وفارق الأجنبي فإن هبته له تصح وما ذكره مالك لا يصح فإن التهمة لا يمكن اعتبارها بنفسها فوجب اعتبارها بمظنتها وهو الارث وكذلك اعتبر فى الوصية والتبرع وغيرهما .

(فصل) وإن أقر لامرأته بمهر مثلها أو دونه صح فى قولهم جميعاً لا نعلم فيه مخالفا الا الشعبي قال لا يجوز اقراره لها لأنه اقرار لوارث .

ولنا أنه اقرار بما تحقق سببه وعلم وجوده ولم تعلم البراءة منه فأشبه ما لو كان عليه دين ببينة فأقر بأنه لم يوفه وكذلك ان اشترى من وارثه شيئا فأقر له بثمن مثله لأن القول قول المقر له فى أنه لم يقبض ثمنه ، وان أقر لامرأته بدين سوى الصداق لم يقبل وان أقر لها ثم أبانها ثم رجع تزوجها ومات فى مرضه لم يقبل اقراره لها وقال محمد بن الحسن يقبل لانها صارت الى حال لا يتهم فيها فأشبه ما لو أقر المريض ثم برأ .

ولنا أنه اقرار لوارث فى مرض الموت، أشبه ما لو لم يبنها وفارق ما اذا صح من مرضه لانه لا يكون مرض الموت .

(فصل وان أقر لوارث فصار غير وارث كرجل أقر لأخيه ولا ولد له ثم ولد له ابن لم يصح اقراره له وان أقر لغير وارث ثم صار وارثا صح اقراره له نص عليه أحمد فى رواية ابن منصور اذا أقر لامرأة بدين فى المرض ثم تزوجها جاز اقراره لانه غير متهم وحكى له قول سفيان فى رجل له ابنان فأقر لأحدهما بدين فى مرضه ثم مات الابن وترك ابنا والاب حى ثم مات بعد ذلك جاز اقراره فقال أحمد : لا يجوز ، وبهذا قال عثمان البتى ، وذكر أبو الخطاب رواية أخرى فى الصورتين مخالفة لما قلنا وهو قول سفيان الثورى والشافعى لانه معنى يعتبر فيه عدم الميراث فكان الاعتبار فيه بحالة الموت كالوصية .

ولنا أنه قول تعتبر فيه التهمة فاعتبرت حال وجوده دون غيره كالشهادة، ولانه اذا أقر لغير وارث ثبت الاقرار وصح لوجوده من أهله خاليا عن تهمة فيثبت الحق به ولم يوجد مسقط له فلا يسقط واذا أقر لوارث وقع باطلا لاقتران التهمة به فلا يصح بعد ذلك ولانه اقرار لوارث فلم يصح كما لو استمر الميراث وان أقر لغير وارث صح واستمر كما لو استمر عدم الارث أما الوصية فإنها عطية بعد الموت فاعتبرت فيها حالة الموت بخلاف مسألتنا

(فصل) وان أقر لوارث وأجنبي بطل في حق الوارث وصح في حق الاجنبي ويحتمل أن لا يصح في حق الاجنبي كما لو شهد بشهادة يجر الى نفسه بعضها بطلت شهادته في الكل وكما لو شهد لابنه وأجنبي ، وقال أبو حنيفة ان أقر لهما بدين من الشركة فاعترف الاجنبي بالشركة صح الاقرار لهما وان جحدها صح له دون الوارث .

ولنا أنه اقرار لوارث وأجنبي فيصح للأجنبي دون الوارث كما لو أقر بلفظين أو كما لو جحد الاجنبي الشركة : ويفارق الاقرار الشهادة لقوة الاقرار ولذلك لا تعتبر فيه العدالة ، ولو أقر بشيء له فيه نفع كالاقرار بنسب موسر قبل ولو أقر بشيء يتضمن دعوى على غيره قبل فيما عليه دون ماله كما لو قال لامرأته خلعتك على ألف بانت بإقراره والقول قولها في نفي العوض وان قال لعبده اشتريت نفسك مني بألف فكذلك .

(فصل) ويصح اقرار المريض بوارث في احدى الروايتين ، والأخرى لا يصح لأنه اقرار لوارث فأشبه الاقرار له بمال ، والأول أصح لأنه عند الاقرار غير وارث فصح كما لو لم يصر وارثا ويمكن بناء هذه المسألة على ما اذا أقر لغير وارث ثم صار وارثا فمن صحح الاقرار ثم صححه ههنا ومن أبطله أبطله ، وان ملك ابن عمه فاقر في مرضه أنه كان أعتقه في صحته وهو أقرب عصبته عتق ولم يرثه لأن توريثه يوجب ابطال الاقرار بحريته واذا بطلت الحرية سقط الارث فصار توريثه سببا الى اسقاط توريثه فأسقطنا التوريث وحده ، ويحتمل أن يرث لانه حين الاقرار غير وارث فصح اقراره له كالمسألة قبلها .

(فصل) ويصح الاقرار من المريض بإحبال الامة لأنه يملك ذلك فملك الاقرار به

وكذلك كل ما ملكه ملك الاقرار به فإذا أقر بذلك ثم مات فإن بين أنه استولدها في ملكه فولده حر الأصل وأمه أم ولد تعتق من رأس المال ، وإن قال من نكاح أو وطء شبهة لم تصر الأمة أم ولد وعتق الولد فإن كان من نكاح فعليه الولاء لأنه مسه رق ، وإن قال من وطء شبهة لم تصر الأمة أم ولد ، وإن لم يتبين السبب فالأمة مملوكة لأن الاصل الرق ولم يثبت سبب الحرية ويحتمل أن تصير أم ولد لان الظاهر استيلادها في ملكه من قبل أنها مملوكته والولادة موجودة ولا ولاء على الولد لان الاصل عدمه فلا يثبت إلا بدليل .

فصـــل

(في الالفاظ التي يثبت بها الاقرار) إذا قال : له على ألف ، أو قال له لي عليك ألف ، فقال نعم أو أجل أو صـــدقت أو لعمرى أو أنا مقر به أو بما ادعيت أو بدعواك ، كان مقراً في جميع ذلك لان هذه الالفاظ وضعت للتصديق قال الله تعالى (هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً ؟ قالوا نعم وإن قال : أليس لي عندك ألف ؟ قال بلى ، كان إقراراً صحيحاً لان بلى جواب للسؤال بحرف النفي ، قال الله تعالى (ألست بربكم قالوا بلى) وان قال لك على ألف في علمي أو فيما أعلم كان مقراً به لان ما في علمه لا يحتمل الا الوجوب ، وان قال اقضني الالف الذي لي عليك قال نعم كان مقراً به لانه تصديق لما ادعاه ، وان قال : اشتر عبدي هذا ، أو اعطني عبدي هذا ، فقال نعم : كان اقراراً لما ذكرنا ، وان قال لك علي ألف ان شاء الله تعالى كان مقراً به نص عليه أحمد ، وقال أصحاب الشافعي : ليس بإقرار لانه علق اقراره على شرط فلم يصح كما لو علقه على مشيئة زيد ، ولان ما علق على مشيئة الله تعالى لا سبيل الى معرفته .

ولنا أنه وصل اقراره بما يرفعه كله ولا يصرفه الى غير الاقرار فلزمه ما أقر به وبطل ما وصله به كما لو قال : له علي ألف الا ألفا ، ولأنه عقب الاقرار بما لا يفيد حكما آخر ولا يقتضي رفع الحكم أشبه ما لو قال : له علي ألف في مشيئة الله تعالى ، وان قال : له علي ألف الا أن يشاء الله صح الاقرار لأنه أقر ثم علق رفع الاقرار على أمر لا يعلم فلم يرتفع وان قال : لك علي ألف ان شئت أو ان شاء زيد لم يصح الاقرار ، وقال القاضي : يصح ،

لأنه عقبه بما يرفعه فصح الاقرار دون ما يرفعه كاستثناء الكل ، وكما لو قال ان شاء الله .

ولنا أنه علقه على شرط يمكن علمه فلم يصح كما لو قال : له علي ألف ان شهد بها فلان ، وذلك لأن الاقرار إخبار بحق سابق فلا يتعلق على شرط مستقبل . ويفارق التعليق على مشيئة الله تعالى ، فإن مشيئة الله تعالى تذكر فى الكلام تبركا وصلة وتفويضا الى الله تعالى لا للاشتراط كقول الله تعالى (لتدخلن المسجد الحرام ان شاء الله آمنين محلقين رءوسكم) وقد علم الله أنهم سيدخلون بغير شك ويقول الناس صلينا ان شاء الله تعالى مع تيقنهم صلاتهم ، بخلاف مشيئة الادمى . (الثانى) ان مشيئة الله تعالى لا تعلم إلا بوقوع الأمر ، فلا يمكن وقف الامر على وجودها ، ومشيئة الادمى يمكن العلم بها فيمكن جعلها شرطا بتوقف الأمر على وجودها ، والماضى لا يمكن وقفه فيتعين حمل الامر ههنا على المستقبل فيكون وعداً لا إقراراً .

وان قال بعتك ان شاء الله تعالى أو زوجتك ان شاء الله تعالى ، فقال أبو اسحاق ابن شاقلا لا أعلم خلافا عنه فى أنه اذا قيل له قبلت هذا النكاح ؟ فقال نعم ان شاء الله تعالى ان النكاح وقع به .

قال أبو حنيفة : ولو قال بعتك بألف ان شئت : فقال قد شئت وقبلت صح لان هذا الشرط من موجب العقد ومقتضاه ، فإن الايجاب اذا وجد من البائع كان القبول الى مشيئة المشترى واختياره . وان قال : له علي ألفان ان قدم فلان لم يلزمه لانه لم يقر بها فى الحال ومالا يلزمه فى الحال لا يصير واجبا عند وجود الشرط . وان قال : ان شهد فلان علي لك بألف صدقته ، لم يكن اقراراً ، لانه يجوز أن يصدق الكاذب . وان قال : ان شهد بها فلان فهو صادق ، احتمل أن لا يكون اقراراً لانه علقه على شرط فأشبهت التى قبلها ، واحتمل أن يكون اقرارا فى الحال لانه يتصور صدقه اذا شهد بها الا أن تكون ثابتة فى الحال وقد أقر بصدقه وان قال : له علي ألف ان شهد بها فلان ، لم يكن اقراراً لانه معلق على شرط

(فصل) وان قال : لى عليك ألف ، فقال أنا أقر لم يكن اقراراً لانه وعد

بالاقرار فى المستقبل ، وان قال لا أنكر لم يكن اقرارا ، لأنه لا يلزم من عدم الانكار الاقرار ، فإن بينهما قسما آخر وهو السكوت عنهما ، وان قال لا أنكر أن تكون محقا لم يكن اقرارا لذلك ، وان قال . أنا مقر ولم يزد احتمل أن يكون مقراً ، لأن ذلك عقيب الدعوى فينصرف اليها ، وكذلك ان قال أقررت ، قال الله تعالى (قال أأقررتم وأخذتم على ذلكم اصرى ؟ قالوا أقررنا) ولم يقولوا أقررنا بذلك ولا زادوا عليه فكان منهم اقرارا ، واحتمل أن لا يكون مقراً لأنه يحتمل أن يريد غير ذلك ، مثل أن يريد أنا مقر بالشهادة أو ببطلان دعواك ، وان قال لعل أو عسى لم يكن مقراً لأنهما للترجى ، وان قال أظن أو أحب أو أقدر لم يكن اقرارا ، لأن هذه الالفاظ تستعمل للشك : وان قال : خذ أو اتزن لم يكن مقرا لانه يحتمل خذ الجواب أو اتزن شيئا آخر . وان قال : خذها أو اتزنها أو هى صحاح ففيه وجهان :

(أحدهما) ليس بإقرار لان الصفة ترجع الى المدعى ولم يقر بوجوبه ، ولانه يجوز أن يعطيه ما يدعيه من غير أن يكون واجبا عليه فأمره بأخذها أولى أن لا يلزم منه الوجوب

(والثانى) يكون اقرارا لان الضمير يعود الى ما تقدم ، وان قال : له على ألف اذا جاء رأس الشهر ، أو اذا جاء رأس الشهر فله على ألف ، فقال أصحابنا : الاول اقرار والثانى ليس بإقرار . وهذا منصوص الشافعى ، لا نه فى الاول بدأ بالاقرار والثانى ليس بإقرار ، ثم عقبه بمالا يقتضى رفعه ، لان قوله اذا جاء رأس الشهر يحتمل أنه أراد المحل فلا يبطل الاقرار بأمر محتمل ، وفى الثانى بدأ بالشرط فعلق عليه لفظا يصلح للاقرار ويصلح للوعد فلا يكون اقرارا مع الاحتمال ، ويحتمل أنه لا فرق بينهما ، لان تقديم الشرط وتأخيره سواء فيكون فيهما جميعاً وجهان .

كتاب العارية

« مسألة » قال (والعارية مضمونة وان لم يتعد فيها المستعير)

العارية اباحة الانتفاع بعين من أعيان المال مشتقة من عار الشيء اذا ذهب وجاء ومنه قيل للبطال عيار لتردده فى بطالته ، والعرب تقول أعاره وعاره مثل أطاعه وطاعه ، والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع : أما الكتاب : فقول الله تعالى (ويمنعون الماعون) روى عن ابن عباس وابن مسعود أنهما قالا العوارى . وفسرها ابن مسعود فقال القدر والميزان والدلو ، وأما السنة فما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال فى خطبة عام حجة الوداع « العارية مؤداة والدين مقضى والمنحة مردودة والزعيم غارم » أخرجه الترمذى وقال حديث حسن غريب . وروى صفوان بن أمية أن النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه أدراعا يوم حنين ، فقال أغصبا يا محمد ؟ قال « بل عارية مضمونة » رواه ابو داود

وأجمع المسلمون على جواز العارية واستحبابها ، ولانه لما جازت هبة الاعيان جازت هبة المنافع ، ولذلك صحت الوصية بالاعيان والمنافع جميعا

اذا ثبت هذا فإن العارية مندوب اليها وليست واجبة فى قول أكثر اهل العلم . وقيل هى واجبة للآية ، ولما روى ابو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « ما من صاحب ابل لا يؤدى حقها » الحديث . قيل يا رسول الله وما حقها ؟ قال « اعارة دلوها واطراق فحلها ومنحة لبنها يوم وردها » فذم الله تعالى مانع العارية ، وتوعده رسول الله صلى الله عليه وسلم بما ذكر فى خبره

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا أديت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك» رواه ابن المنذر . وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « ليس فى المال حق سوى الزكاة » وفى حديث الاعرابى الذى سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم : ماذا فرض الله على من الصدقه ؟ قال « الزكاة » فقال : هل على غيرها ؟ قال « لا الا أن تطوع شيئا » او كما قال ، والآية فسرها ابن عمر والحسن البصرى بالزكاة . وكذلك زيد بن أسلم وقال عكرمة : اذا جمع ثلاثتها فله الويل اذا سها عن الصلاة

وراءى ومنع الماعون ويجب رد العارية إن كانت باقية بغير خلاف ويجب ضمانها إن كانت تالفة تعدى فيها المستعير أو لم يتعد ، روى ذلك عن ابن عباس وأبي هريرة وإليه ذهب عطاء والشافعي وإسحاق ، وقال الحسن والنخعي والشعبي وعمر ابن عبد العزيز والثوري وأبو حنيفة ومالك والأوزاعي وابن شبرمة : هي أمانة لا يجب ضمانها إلا بالتعدي ، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ؛ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ليس على المستعير غير المغل ضمان » ولأنه قبضها بإذن مالكها فكانت أمانة كالوديعة قالوا وقول النبي صلى الله عليه وسلم « العارية مؤداة » يدل على أنها أمانة لقول الله تعالى (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها) .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث صفوان « بل عارية مضمونة » وروى الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » رواه أبو داود والترمذي ، وقال حديث حسن غريب : ولأنه أخذ ملك غيره لنفع نفسه منفردا بنفعه من غير استحقاق ، ولا إذن في الاتلاف فكان مضمونا كالغاصب ، والمأخوذ على وجه السوم ، وحديثهم يرويه عمر ابن عبد الجبار عن عبيد بن حسان ، عن عمرو بن شعيب وعمر وعبيد ضعيفان ، قاله الدارقطني ويحتمل أنه أراد ضمان المنافع والاجزاء ، وقياسهم منقوض بالمقبوض على وجه السوم .

(فصل) وإن شرط نفي الضمان لم يسقط ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حفص العكبري : يسقط ، قال أبو الخطاب : أومأ إليه أحمد ، وهو قول قتادة والعنبري لانه لو أذن في إتلافها لم يجب ضمانها ، فكذلك إذا أسقط عنه ضمانها . وقيل : بل مذهب قتادة والعنبري ، أنها لا تضمن إلا أن يشترط ضمانها فيجب لقول النبي صلى الله عليه وسلم لصفوان « بل عارية مضمونة » .

ولنا أن كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط كالمقبوض ببيع صحيح أو فاسد ، وما اقتضى الامانة ، فكذلك كالوديعة والشركة والمضاربة ، والذى كان من النبي صلى الله عليه وسلم اخبار بصفة العارية وحكمها ، وفارق ما إذا أذن في الاتلاف فإن الاتلاف فعل يصح الاذن فيه ، ويسقط حكمه اذ لا ينعقد موجباً للضمان مع

الاذن فيه ، واسقاط الضمان ههنا نفي للحكم مع وجود سببه ، وليس ذلك للمالك ولا يملك الاذن فيه .

(فصل) واذا انتفع بها وردها على صفتها : فلا شيء عليه لان المنافع مأذون في اتلافها ، فلا يجب عوضها ، وان تلف شيء من أجزائها التي لا تذهب بالاستعمال فعليه ضمانها لان ما ضمن جملته ضمنت أجزاؤه كالمغصوب ، وأما أجزاؤها التي تذهب بالاستعمال كخمل المنشفة والقطيفة وخف الثوب بلبسه ففيه وجهان .

أحدهما : يجب ضمانه لانها أجزاء عين مضمونة فكانت مضمونة كما لو كانت مغصوبة ولانها أجزاء يجب ضمانها لو تلفت العين قبل استعمالها فتضمن اذا تلفت وحدها كسائر الاجزاء .

والثاني : لا يضمنها ، وهو قول الشافعي لان الاذن في الاستعمال تضمنه فلا يجب ضمانه كالمنافع وكما لو أذن في اتلافها صريحاً ، وفارق ما اذا تلفت العين قبل استعمالها لانه لا يمكن تمييزها من العين ولانه انما أذن في اتلافها على وجه الانتفاع فإذا تلفت العين قبل ذلك فقدفاتت على غير الوجه الذي أذن فيه فضمنها كما لو أجر العين المستعارة فإنه يضمن منافعها فإذا قلنا لا يضمن الاجزاء فتلفت العين بعد ذهابها بالاستعمال فإنها تقوم حال التلف لان الاجزاء التالفة تلفت غير مضمونة لكونها مأذوناً في اتلافها فلا يجوز تقويمها عليه ، وان قلنا يجب ضمان الاجزاء قومت العين قبل تلف اجزائها : وان تلفت العين قبل ذهاب اجزائها ضمنها كلها بأجزائها ، وكذلك لو تلفت الاجزاء باستعمال غير مأذون فيه مثل ان يعيره ثوبا ليلبسه فحمل فيه ترابا فانه يضمن نقصه ومنافعه لانه تلف بتعديه وان تلف بغير تعد منه ولا استعمال كتلفها لطول الزمان عليها ووقوع نار عليها فينبغي ان يضمن ما تلف منها بالنار ونحوها لانه تلف لم يتضمنه الاستعمال المأذون فيه فأشبه تلفها بفعل غير مأذون فيه ، وما تلف بمرور الزمان عليه يكون حكمه حكم ما تلف بالاستعمال لانه تلف بالامساك المأذون فيه فأشبه تلفه بالفعل المأذون فيه .

(فصل) فأما ولد العارية فلا يجب ضمانه في احد الوجهين . لانه لم يدخل

فى الاعارة فلم يدخل فى الضمان ولا فائدة المستعير فيه فأشبه الوديعة ، ويضمنه فى الآخر لانه ولد عين مضمونة فيضمن كولد المغصوبة والاول أصح فان ولد المغصوبة لا يضمن اذا لم يكن مغصوبا ، وكذلك ولد العارية اذا لم يوجد مع امه ، وانما يضمن ولد المغصوبة اذا كان مغصوبا فلا أثر لكونه ولداً لها .

(فصل) ويجب ضمان العين بمثلها ان كانت من ذوات الامثال فان لم تكن مثلية ضمنها بقيمتها يوم تلفها الا على الوجه الذى يجب فيه ضمان الاجزاء التالفة بالانتفاع المأذون فيه فانه يضمنها بقيمتها قبل تلف أجزائها ، ان كانت قيمتها حينئذ أكثر وان كانت أقل ضمنها بقيمتها يوم تلفها على الوجهين جميعا .

(فصل) وان كانت العين باقية فعلى المستعير ردها الى المعير أو وكيله فى قبضها ويبرأ بذلك من ضمانها ، وان ردها الى المكان الذى أخذها منه ، أو الى ملك صاحبها لم يبرأ من ضمانها ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : يبرأ لانها صارت كالمقبوضة فان رد العوارى فى العادة يكون الى أملاك أربابها فيكون مأذونا فيه من طريق العادة .

ولنا انه لم يردها الى مالكها ولا نائبه فيها فلم يبرأ منها كما لو دفعها الى أجنبى وما ذكره يبطل بالسارق اذا رد المسروق الى الحرز ولا تعرف العادة التى ذكرها ، وان ردها الى من جرت عادته بجريان ذلك على يديه كزوجته المتصرفة فى ماله ورد الدابة الى سائسها فقياس المذهب انه يبرأ قاله القاضى : لان أحمد قال : فى الوديعة اذا سلمها المودع الى امرأته لم يضمنها : ولانه مأذون فى ذلك عرفا أشبه ما لو أذن فيه نطقا ، ومؤنة الرد على المستعير لقول النبى صلى الله عليه وسلم « العارية مؤداة » وقوله « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » وعليه ردها الى الموضع الذى أخذها منه الا أن يتفقا على ردها الى غيره لان ما وجب رده لزم رده الى موضعه كالمغصوب .

(فصل) ولا تصح العارية الا من جائز التصرف لانه تصرف فى المال فأشبه التصرف بالبيع ، وتعقد بكل فعل او لفظ يدل عليها مثل قوله أعرتك هذا او يدفع اليه شيئا ويقول أبحتك الانتفاع به او خذ هذا فانتفع به او يقول أعرنى

هذا أو اعطنيه اركبه او أحمل عليه ويسلمه اليه ، وأشباه هذا لانه اباحة للتصرف فصح بالقول والفعل الدال عليه كإباحة الطعام بقوله وتقديمه إلى الضيف .

(فصل) وتجوز إعارة كل عين ينتفع بها منفعة مباحة مع بقائها على الدوام كالدور والعقار والعبيد والجوارى والدواب والثياب والحلى للبس والفحل للضراب والكلب للصيد وغير ذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم استعار أدراعا ، وذكر إعارة دلوها وفحلها وذكر ابن مسعود عارية القدر والميزان فيثبت الحكم فى هذه الأشياء وما عداها مقيس عليها إذا كان فى معناها ، ولأن ما جاز للمالك استيفاؤه من المنافع ملك إباحته إذا لم يمنع منه مانع كالثياب ولأنها أعيان تجوز إجارتها فجازت إعارتها كالثياب ويجوز استعارة الدراهم والدنانير ليزن بها ، فإن استعارها لينفقها فهذا قرض ، وهذا قول أصحاب الرأى ، وقيل ليس هذا جائزاً ، ولا تكون العارية فى الدنانير ، وليس له أن يشترى بها شيئاً .

ولنا أن هذا معنى القرض فانعقد القرض به كما لو صرح به .

(فصل) ولا تجوز إعارة العبد المسلم لكافر لأنه لا يجوز تمكينه من استخدامه فلم تجز إعارته لذلك ولا إعارة الصيد لمحرم لأنه لا يجوز له إمساكه ولا إعارة المرأة الجميلة لرجل غير محرمها ، إن كان يخلو بها أو ينظر إليها لأنه لا يؤمن عليها ، وتجوز إعارتها لامرأة ولذى محرمها ، ولا تجوز إعارة العين لنفع محرم كإعارة الدار لمن يشرب فيها الخمر أو يبيعه فيها أو يعصى الله تعالى فيها ، ولا إعارة عبده للزمر أو ليسقيه الخمر أو يحملها له أو يعصرها ، أو نحو ذلك ، ويكره أن يستعير والديه لخدمته لأنه يكره له استخدامهما فكره استعارتهما لذلك .

(فصل) وتجوز الإعارة مطلقا ومقيداً لأنها إباحة فجاز فيها ذلك كإباحة الطعام ، ولأن الجهالة إنما تؤثر فى العقود اللازمة فاذا أعاره شيئا مطلقا أبيح له الانتفاع به فى كل ما هو مستعد له من الانتفاع به فاذا أعاره أرضا مطلقا فله أن يزرع فيها ويغرس ويبنى ويفعل فيها كل ما هى معدة له من الانتفاع لأن الاذن مطلق ، وإن أعاره للغراس أو للبناء فله أن يزرع فيها ما شاء لأن ضرره دون ضررهما ، فكأنه استوفى بعض ما أذن له فيه ، وان استعارها للزرع لم يغرس ولم يبن لأن ضررهما أكثر فلم يكن الاذن فى القليل اذنا فى الكثير وان استعارها

للغراس أو للبناء ملك المأذون فيه منهما دون الآخر لان ضررهما مختلف فان ضرر الغراس فى باطن الارض لانتشار العروق فيها وضرر البناء فى ظاهرها فلم يكن الاذن فى أحدهما اذنا فى الآخر ، وان استعارها لزرع الحنطة فله زرعها وزرع ما هو أقل ضرراً منها كالشعير والباقلا والعدس ، وله زرع ما ضرره كضرر الحنطة لان الرضى بزراعة شىء رضى بضرره وما هو دونه ، وليس له زرع ما هو أكثر ضرراً منه كالذرة والدخن والقطن لان ضرره أكثر ، وحكم اباحة الانتفاع فى العارية كحكم الانتفاع فى الاجارة فيما له أن يستوفيه وما يمنع منه . وسنذكر فى الاجارة تفصيل ذلك ان شاء الله تعالى ، وان أذن له فى زرع مرة لم يكن له أن يزرع أكثر منها ، وان أذن له فى غرس شجرة فانقلعت لم يكن له غرس أخرى ، وكذلك ان أذن له فى وضع خشبة على حائط فانكسرت لم يملك وضع أخرى ، لان الاذن اذا اختص بشىء لم يتجاوزه .

(فصل) وان استعار شيئا فله استيفاء منفعته بنفسه وبوكيله لان وكيله نائب عنه ويده كيده ، وليس له أن يؤجره لانه لم يملك المنافع ، فلا يصح أن يملكها : ولا نعلم فى هذا خلافا ، ولا خلاف بينهم أن المستعير لا يملك العين ، وأجمعوا على أن للمستعير استعمال المعار فيما أذن له فيه ، وليس له أن يعيره غيره ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، وقالوا فى الآخر : له ذلك ، وهو قول أبى حنيفة لانه يملكه على حسب ما ملكه ، فجاز كالمستأجر أن يؤجر ، قال أصحاب الرأى : اذا استعار ثوبا ليلبسه هو فأعطاه غيره فلبسه فهو ضامن ، وان لم يسم من يلبسه فلا ضمان عليه ، وقال مالك : اذا لم يعمل بها الا الذى كان يعمل بها الذى أعيرها فلا ضمان عليه .

ولنا أن العارية اباحة المنفعة فلم يجز أن يبيحها غيره كاباحة الطعام ، وفارق الاجارة لانه ملك الانتفاع على كل وجه فملك أن يملكها ، وفى العارية لم يملكها انما ملك استيفاءها على وجه ما أذن له فأشبه من أبيح له أكل الطعام ، فعلى هذا ان أعار فللمالك الرجوع بأجر المثل ، وله أن يطالب من شاء منهما لان الاول سلطه غيره على أخذ مال غيره بغير اذنه ، والثانى استوفاه بغير اذنه فان ضمن الاول رجع على الثانى لان الاستيفاء حصل منه فاستقر الضمان عليه ، وان ضمن الثانى

لم يرجع على الأول الا أن يكون الثانى لم يعلم بحقيقة الحال ، فيحتمل أن يستقر الضمان على الاول لانه غر الثانى ودفع اليه العين على أنه يستوفى منافعها بغير عوض ؛ وان تلفت العين فى يد الثانى استقر الضمان عليه بكل حال لانه قبضها على أن تكون مضمونة عليه فان رجع على الاول رجع الاول على الثانى ، وان رجع على الثانى لم يرجع على أحد .

(فصل) وان أعاره شيئا وأذن له فى اجارته مدة معلومة أو فى اعارته مطلقا أو مدة جاز لان الحق للمالك لجاز ما أذن فيه ، وليس له الرجوع بعد عقد الاجارة حتى ينقضى لان عقد الاجارة لازم وتكون العين مضمونة على المستعير غير مضمونة على المستأجر لان عقد الإجارة لا يوجب ضمانا ، وان آجره بغير اذن لم تصح الإجارة ، ويكون على المستأجر الضمان وللمالك تضمين من شاء منهما على ما ذكرنا فى العارية .

(فصل) ويجوز أن يستعير عبداً يرهنه ، قال ابن المنذر : أجمعوا على أن الرجل اذا استعار من الرجل شيئا يرهنه عند رجل على شيء معلوم الى وقت معلوم فرهن ذلك على ما أذن له فيه أن ذلك جائز ، وذلك لانه استعاره ليقضى به حاجته ، فصح كسائر العوارى ، ولا يعتبر العلم بقدر الدين وجنسه لان العارية لا يعتبر فيها العلم ، وبهذا قال أبو ثور وأصحاب الرأى ، وقال الشافعى : يعتبر ذلك لان الضرر يختلف بذلك .

ولنا أنها عارية لجنس من النفع فلم تعتبر معرفة قدره كعارية الارض للزرع ، ولا يصير المعير ضامنا للدين ، وقال الشافعى فى أحد قوليه ، يصير ضامنا له فى رقبة عبده لان العارية ما يستحق به منفعة العين والمنفعة هنا للمالك فدل على أنه ضمان .

ولنا أنه أعاره ليقضى منه حاجته فلم يكن ضامنا كسائر العوارى ، وانما يستحق بالعارية النفع المأذون فيه ، وما عداه من النفع فهو لمالك العين ، وان عين المعير قدر الدين الذى يرهنه به وجنسه أو محلا تعين لان العارية تتعين بالتعيين فان خالفه فى الجنس لم يصح لانه عقد لم يأذن له فيه أشبه ما لو لم يأذن فى رهنه .

وكذلك إذا أذن له فى محل نخالفه فيه ، لأنه إذا أذن له فى رهنه بدين مؤجل فرهنه بحال فقد لايجد مايفكه به فى الحال ، وإن أذن فى رهنه بحال فرهنه بمؤجل فلم يرض أن يحال بينه وبين عبده إلى أجل ، لم يصح وإن رهنه بأكثر مما قدره له لم يصح ، لأن من رضى بقدر من الدين لم يلزم أن يرضى بأكثر منه . وإن رهنه بأنقص منه جاز ، لان من رضى بعشرة رضى بما دونها عرفا . فأشبه من أمر بشراء شيء بثمن فاشتراه بدونه وللمعير مطالبة الراهن بفكاك الرهن فى الحال سواء كان بدين حال أو مؤجل ، لان للمعير الرجوع فى العارية متى شاء . وإن حل الدين فلم يفكه الراهن جاز بيعه فى الدين . لان ذلك مقتضى الرهن . فإذا بيع فى الدين أو تلف رجع السيد على الراهن بقيمته . لان العارية تضمن بقيمتها . وإن تلف بغير تفريط فلا شيء على المرتهن . لان الرهن لايضمن من غير تعد ، وان استعار عبداً من رجلين فرهنه بمائة ثم قضى خمسين على أن تخرج حصة أحدهما لم تخرج ، لانه رهنه بجميع الدين فى صفقة فلا ينفك بعضه بقضاء بعض الدين كما لو كان العبد لواحد .

(فصـــل)

وتجوز العارية مطلقة ومؤقتة . لانها إباحة فأشبهت إباحة الطعـــام . وللمعير الرجوع فى العارية أى وقت شاء ، سواء كانت مطلقة أو مؤقتة ما لم يأذن فى شغله بشيء يتضرر بالرجوع فيه وبهذا قال أبوحنيفة والشافعى ، وقال مالك : إن كانت مؤقته فليس له الرجوع قبل الوقت وان لم توقت له مدة لزمه تركه مدة ينتفع بها فى مثلها . لان المعير قد ملكه المنفعة فى مدة وصارت العين فى يده بعقد مباح . فلم يملك الرجوع فيها بغير اختيار المالك كالعبد الموصى بخدمته والمستأجر

ولنا أن المنافع المستقبلة لم تحصل فى يده فلم يملكها بالاعارة كما لو لم تحصل العين فى يده . وأما العبد الموصى بخـــدمته فللموصى الرجوع ؛ ولم يملك الورثة الرجوع ، لان التبرع من غيرهم . وأما المستأجر فإنه مملوك بعقد معاوضة فيلزم ، بخلاف مسألتنا ، ويجوز للمستعير الرد متى شاء بغير خلاف نعلمه ، لأنه إباحة فكان لمن أبيح له تركه كإباحة الطعام .

(فصـــل) وإذا أطلق المـدة فى العارية فله أن ينتفع بها ما لم يرجع ، وان

وقتها فله أن ينتفع ما لم يرجع أو ينقضي الوقت ، لأنه استباح ذلك بالإذن ففيما عدا محل الإذن يبقى على أصل التحريم ، فان كان المعار أرضا لم يكن له أن يغرس ولا يبنى ولا يزرع بعد الوقت أوالرجوع ، فان فعل شيئاً من ذلك لزمه قلع غرسه وبنائه وحكمه حكم الغاصب فى ذلك لقول النبي (ص) « ليس لعرق ظالم حق » وعليه أجر ما استوفاه من نفع الارض على وجه العدوان . ويلزمه القلع وتسوية الحفر ونقص الارض وسائر أحكام الغصب لانه عدوان

(فصل)

فان أعاره شيئا لينتفع به انتفاعا يلزم من الرجوع فى العارية فى أثنائه ضرر بالمستعير لم يجز له الرجوع ، لأن الرجوع يضر بالمستعير فلم يجز له الاضرار به . مثل أن يعيره لوحا يرقع به سفينته فرقعها به ولجج بها فى البحر لم يجز الرجوع ما دامت فى البحر ، وله الرجوع قبل دخولها فى البحر وبعد الخروج منه لعدم الضرر فيه ، وان أعاره أرضا ليدفن فيها فله الرجوع ما لم يدفن فيها ، فاذا دفن لم يكن له الرجوع ما لم يبل الميت ، وان أعاره حائطا ليضع عليه أطراف خشبه جاز كما تجوز إعارة الارض للبناء والغراس ، وله الرجوع ما لم يضعه وبعد وضعه ما لم يبن عليه لأنه لا ضرر فيه ، فان بنى عليه لم يجز الرجوع لما فى ذلك من هدم البناء

وإن قال أنا أدفع اليك أرش ما نقص بالقلع لم يلزم المستعير ذلك ؛ لأنه إذا قلعه انقلع مافى ملك المستعير منه . ولا يجب على المستعير قلع شيء من ملكه بضمان القيمة ، وان انهدم الحائط وزال الخشب عنه ، أو أزاله المستعير باختياره لم يملك إعادته سواء بنى الحائط بآلته أو بغيرها لان العارية لا تلزم . وانما امتنع الرجوع قبل انهدامه ، لما فيه من الضرر بالمستعير بازالة المأذون فى وضعه وقد زال ذلك . وكذلك اذا سقط الخشب والحائط بحاله

وان أعاره أرضا لزراعة شيء فله الرجوع ما لم يزرع ؛ فاذا زرع لم يملك الرجوع فيها الى ان ينتهى الزرع ، فان بذل له قيمة الزرع ليملكه لم يكن له ذلك ، نص عليه أحمد لان له وقتا ينتهى اليه ، فان كان مما يحصد قصيلا فله الرجوع فى وقت امكان حصاده لعدم الضرر فيه ، وان لم يكن كذلك لم يكن له الرجوع حتى ينتهى ، وان أذن له فى البناء والغراس فيها فله الرجوع قبل قلعه ، فاذا غرس

وبنى فللمالك الرجوع فيما بين الغراس والبناء لانه لم يتعلق به ملك المستعير ولا ضرر عليه فى الرجوع منه ، فأشبه ما لو لم ين فى الارض شيئا ولم يغرس فيها ، ثم ان اختار المستعير أخذ بنائه وغراسه فله ذلك لأنه ملكه فملك نقله ، ولا يلزمه تسوية الحفر . ذكره القاضى ، لان المستعير رضى بذلك حيث أعاره مع علمه بأن له قلع غرسه ، ويحتمل أن عليه تسوية الحفر لان القلع باختياره ، فإنه لو امتنع منه لم يجبر عليه فلزمه تسوية الحفر كما لو خرب أرضه التى لم يستعرها . وان أبى القلع فبذل له المعير ماينقص بالقلع أو قيمة غراسه وبنائه قائما ليأخذه المعير أجبر المستعير عليه ، لانه رجوع فى العارية من غير إضرار

وإن قال المستعير أنا أدفع قيمة الأرض لتصير لى لم يكن له لان الغراس تابع والارض أصل ولذلك يتبعها الغراس والبناء فى البيع ولا تتبعهما ، وبهذا كله قال الشافعى . وقال أبو حنيفة ومالك : يطالب المستعير بالقلع من غير ضمان الا أن يكون أعاره مدة معلومة فرجع فيها قبل انقضائها : لأن المعير لم يعره فكان عليه القلع كما لو شرطه عليه .

ولنا أنه بنى وغرس بإذن المعير من غير شرط القلع فلم يلزمه القلع من غير ضمان كما لو طالبه قبل انقضاء الوقت ، وقولهم لم يعره ممنوع ، فإن الغراس والبناء يراد للتبقية وتقدير المدة ينصرف الى ابتدائه كأنه قال له : لاتغرس بعد هذه المدة فإن امتنع المعير من دفع القيمة وأرش النقص وامتنع المستعير من القلع ودفع الاجرة لم يقلع ، لأن الإعارة تقتضى الانتفاع من غير ضمان ، والإذن فيما يبقى على الدوام وتضر إزالته رضا بالإبقاء ؛ وقول النبي (ص) « ليس لعرق ظالم حق » يدل بمفهومه على أن العرق الذى ليس بظالم له حق ، فعند ذلك ان اتفقا على البيع بيعت الارض بغراسها ودفع الى كل واحد منهما قدر حقه ، فيقال : كم قيمة الارض غير مغروسة ولا مبنية

فاذا قيل عشرة ، قلنا وكم تساوى مغروسة ومبنية ؟

فإن قالوا خمسة عشر ، قلنا فللمعير ثلثا الثمن وللمستعير ثلثه ، وإن امتنعا عن البيع بقيا على حالهما وللمعير دخول أرضه كيف شاء والانتفاع بها بما لا يضر الغراس والبناء ولا ينتفع بهما ، وليس لصاحب الغراس والبناء الدخول الا لحاجة مثل السقى

وإصلاح الثمرة ، لان الاذن فى الغراس اذن فيما يعود بصلاحه وأخذ ثماره وسقيه وليس له دخولها للتفرج لأنه قد رجع فى الإذن له ، ولكل واحد منهما بيع مايختص به من الملك منفرداً فيكون للمشترى مثل ما كان لبائعه

وقال بعض أصحاب الشافعى : ليس للمستعير بيع الشجر ، لان ملكه فيه غير مستقر ، بدليل أن للمعير أخذه متى شاء بقيمته . قلنا عدم استقراره لا يمنع بيعه بدليل الشقص المشفوع والصداق قبل الدخول ، وفى جميع هذه المسائل متى كان المعير شرط على المستعير القلع عند رجوعه ورد العارية غير مشغولة لزمه ذلك ، لأن المسلمين على شروطهم ولان العارية مقيدة غير مطلقة فلم تتناول ماعدا المقيد لان المستعير دخل فى العارية راضيا بالتزام الضرر الداخل عليه بالقلع ، وليس على صاحب الارض ضمان نقصه ، ولا نعلم فى هذا خلافاً

وأما تسوية الحفر الحاصلة بالقلع فإن كانت مشروطة عليه لزمه لما ذكرنا والا لم يلزم لانه رضى بضرر القلع من الحفر ونحوه حيث اشترط القلع ، ولم يذكر أصحابنا على المستعير أجراً فى شىء من هذه المسائل الا فيما اذا استعار أرضا للزرع فزرعها ثم رجع المعير فيها قبل كمال الزرع فإن عليه أجر مثله من حين رجع المعير لان الاصل جواز الرجوع ، وانما منع من القلع لما فيه من الضرر ، ففى دفع الاجر جمع بين الحقين فيخرج فى سائر المسائل مثل هذا لوجود هذا المعنى فيه . ويحتمل أن لا يجب الاجر فى شىء من المواضع ، لان حكم العارية باق فيه لكونها صارت لازمة للضرر اللاحق بفسخها ، والإعارة تقتضى الانتفاع بغير عوض

(فصل) واذا استعار دابة ليركبها جاز ، لان اجارتها لذلك جائزة والإعارة أوسع لجوازها فيما لا تجوز اجارته ، مثل لعارة الكلب للصيد ، فان استعارها الى موضع فجاوزه فقد تعدى وعليه الأجرة للزيادة خاصة ، فإذا استعارها الى طبرية فتجاوز الى القدس فعليه أجر ما بين طبرية والقدس خاصة ، وان اختلفا فقال المالك أعرتكها الى طبرية ، وقال المستعير أعرتنيها الى القدس ، فالقول قول المالك ، وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى . وقال مالك : ان كان يشبه ما قال المستعير فالقول قوله وعليه الضمان . ولنا أن المالك مدعى عليه فكان القول قوله لقول النبي (ص) « لكن اليمين على المدعى عليه »

﴿ فصـــل ﴾

ومن استعار شيئا فانتفع به ثم ظهر مستحقا فلمالكه أجر مثله يطالب به من شاء منهما ، فان ضمن المستعير رجع على المعير بما غرم لأنه غره بذلك وغرمه لأنه دخل على أن لا أجر له ، وان رجع على المعير لم يرجع على أحد فان الضمان استقر عليه . قال أحمد فى قصار دفع ثوبا الى غير صاحبه فلبسه فالضمان على القصار دون اللابس ، وإن تلف فالقيمة تستقر على المستعير لأنه دخل على أن العين مضمونة عليه ، فان ضمن المعير رجع على المستعير ، وان ضمن المستعير لم يرجع على أحد لأن الضمان استقر عليه ، وان نقصت العين بالاستعمال انبنى على ضمان النقص ، فان قلنا هو على المستعير فحكمه حكم القيمة ، وإن قلنا هو على المعير فهو كالأجر على ما بيناه

(فصل) إذا حمل السيل بذر رجل من أرض الى أرض غيره فنبت فيها لم يجبر على قلعه ، وقال أصحاب الشافعى فى أحد الوجهين : يجبر على ذلك إذا طالبه رب الأرض به ، لأن ملكه حصل فى ملك غيره بغير اذنه ، فأشبه ما لو انتشرت أغصان شجرته فى هواء ملك جاره

ولنا أن قلعه اتلاف للمال على مالكه ولم يوجد منه تفريط ولا يدوم ضرره فلا يجبر على ذلك ، كما لو حصلت دابته فى دار غيره على وجه لا يمكن خروجها الا بقلع الباب أو قتلها ، فاننا لا نجبره على قتلها ، ويفارق أغصان الشجرة فانه يدوم ضرره ولا يعرف قدر ما يشغل من الهواء فيؤدى أجره

اذا ثبت هذا فإنه يقر فى الأرض الى حين حصاده بأجر مثله ، وقال القاضى ليس عليه أجر ، لأنه حصل فى أرض غيره بغير تفريطه ، فأشبه ما لو باتت دابته فى أرض انسان بغير تفريطه ، وهذا بعيد لأن الزامه تبقية زرع ما أذن فيه فى أرضه بغير أجر ولا انتفاع اضرار به وشغل لملكه بغير اختياره من غير عوض فلم يجز ، كما لو أراد ابقاء بهيمته فى دار غيره عاما ويفارق مبيتها ، لأن ذلك لا يجبر المالك عليه ولا يمنع من اخراجها ، فإذا تركها اختياراً منه كان راضيا به بخلاف مسألتنا ، ويكون الزرع لمالك البذر لأنه من عين ماله ، ويحتمل أن يكون حكم هذا الزرع حكم زرع الغاصب على ما سنذكره ، لأنه حصل فى أرضه بغير اذنه ، فأشبه ما لو زرعه مالكه

والأول أولى لأن هذا بغير عدوان ، وقد أمكن جبر حق مالك الأرض بدفع الأجر اليه ، وان أحب مالكه قلعه فله ذلك وعليه تسوية الحفر وما نقصت الأرض ، لأنه أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ملكه فأشبه المستعير ، وأما ان كان السيل حمل نوى فنبت شجراً فى أرض غيره ، كالزيتون والنخيل ونحوه فهو لمالك النوى ، لأنه من نماء ملكه فهو كالزرع ويجبر على قلعه ههنا لأن ضرره يدوم فأجبر على إزالته كأغصان الشجرة المنتشرة فى هواء ملك غير مالكها وان حمل السيل أرضا بشجرها فنبت فى أرض آخر كما كانت فهى لمالكها يجبر على إزالتها كما ذكرنا ، وفى كل ذلك إذا ترك صاحب الأرض المنتقلة أو الشجر أو الزرع ذلك لصاحب الأرض التى انتقل اليها لم يلزمه نقله ولا أجر ، ولا غير ذلك ، لأنه حصل بغير تفريطه ولا عدوانه ، وكانت الخيرة إلى صاحب الأرض المشغولة به إن شاء أخذه لنفسه وان شاء قلعه .

(فصل)

وإذا اختلف رب الدابة وراكبها فقال الراكب هى عارية ، وقال المالك : بل أكتريتها فإن كانت الدابة باقية لم تنقص لم يخل من أن يكون الاختلاف عقيب العقد أو بعد مضى مدة لمثلها أجر فإن كان عقيب العقد فالقول قول الراكب لان الأصل عدم عقد الإجارة وبراءة ذمة الراكب منها فيحلف ويرد الدابة الى مالكها لانها عارية ، وكذلك ان ادعى المالك أنها عارية ، وقال الراكب : بل اكتريتها فالقول قول المالك مع يمينه لما ذكرنا ، وان كان الاختلاف بعد مضى مدة لمثلها أجر فادعى المالك الاجارة فالقول قوله مع يمينه ، وحكى ذلك عن مالك ؛ وقال أصحاب الرأى : القول قول الراكب ، وهو منصوص الشافعى ، لانهما اتفقا على تلف المنافع على ملك الراكب وادعى المالك عوضاً لها والاصل عدم وجوبه وبراءة ذمة الراكب منه ، فكان القول قوله .

ولنا أنهما اختلفا فى كيفية انتقال المنافع الى ملك الراكب ، فكان القول قول المالك كما لو اختلفا فى عين فقال المالك بعتكها ، وقال الآخر وهبتنيها ، ولأن المنافع تجرى مجرى الأعيان فى الملك والعقد عليها ولو اختلفا فى الأعيان كان القول قول المالك كذا ههنا ، وما ذكروه يبطل بهذه المسألة ، ولانهما اتفقا على

أن المنافع لا تنتقل إلى الراكب إلا بنقل المالك لها ، فيكون القول قوله فى كيفية الانتقال كالاعيان فيحلف المالك ويستحق الاجر وفى قدره وجهان :

أحدهما : أجر المثل ، لانهما لو اتفقا على وجوبه واختلفا فى قدره وجب أجر المثل ، فمع الاختلاف فى أصله أولى .

والثانى : المسمى ، لأنه وجب بقول المالك ويمينه : فوجب ما حلف عليه كالاصل ، وان كان اختلافهما فى أثناء المدة فالقول قول الراكب فيما مضى منها والقول قول المستعير فيما بقى لان مابقى بمنزلة ما لو اختلفا عقيب العقد وان ادعى المالك فى هذه الصورة أنها عارية وادعى الراكب أنها بأجر فالراكب يدعى استحقاق المنافع ويعترف بالاجر للمالك ، والمالك ينكر ذلك كله فالقول قوله مع يمينه فيحلف ويأخذ بهيمته .

وان اختلفا فى ذلك بعد تلف البهيمة قبل مضى مدة لمثلها أجر فالقول قول المالك ، سواء ادعى الإجارة أو الاعارة لانه ادعى الاجارة فهو معترف للراكب براءة ذمته من ضمانها : فيقبل إقراره على نفسه ، وان ادعى الاعارة فهو يدعى قيمتها فالقول قوله ، لانهما اختلفا فى صفة القبض ، والأصل فيما يقبضه الانسان من مال غيره الضمان لقول النبى (ص) « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » .

فإذا حلف المالك استحق القيمة والقول فى قدرها قول الراكب مع يمينه لأنه ينكر الزيادة المختلف فيها والاصل عدمها ، وان اختلفا فى ذلك بعد مضى مدة لمثلها أجر وتلف البهيمة وكان الاجر بقدر قيمتها أو كان ما يدعيه المالك منهما أقل مما يعترف به الراكب فالقول قول المالك بغير يمين ، سواء ادعى الاجارة أو الاعارة ، إذ لا فائدة فى اليمين على شيء يعترف له به .

ويحتمل أن لا يأخذه إلا بيمين لأنه يدعى شيئاً لا يصدق فيه ويعترف له الراكب بما لا يدعيه فيحلف على ما يدعيه ، وان كان ما يدعيه المالك أكثر مثل إن كانت قيمة البهيمة أكثر من أجرها فادعى المالك أنها عارية لتجب له القيمة وأنكر استحقاق الأجرة وادعى الراكب أنها مكتراة أو كان الكراء أكثر من قيمتها فادعى المالك أنه أجرها ليجب له الكراء وادعى الراكب أنها عارية

فالقول قول المالك فى الصورتين لما قدمنا ، فإذا حلف استحق ما حلف عليه ، ومذهب الشافعى فى هذا كله نحو ما ذكرنا .

(فصل) وان قال المالك غصبتها وقال الراكب : بل أعرتنيها ، فإن كان الاختلاف عقيب العقد والدابة قائمة لم يتلف منها شيء فلا معنى للاختلاف ، ويأخذ المالك بهيمته .

وكذلك ان كانت الدابة تالفة ، لأن القيمة تجب على المستعير كوجوبها على الغاصب ، وان كان الاختلاف بعد مضى مدة لمثلها أجر فالاختلاف فى وجوبه ، والقول قول المالك ، وهذا ظاهر قول الشافعى ، ونقل المزنى عنه أن القول قول الراكب ، لأن المالك يدعى عليه عوضا الاصل براءة ذمته منه : ولأن الظاهر من اليد أنها بحق فكان القول قول صاحبها .

ولنا ما قدمنا فى الفصل الذى قبل هذا بل هذا أولى ، لأنهما ثم اتفقا على أن المنافع ملك للراكب ، وههنا لم يتفقا على ذلك فإن المالك ينكر انتقال الملك فيها الى الراكب والراكب يدعيه ، والقول قول المنكر ، لأن الأصل عدم الانتقال فيحلف ويستحق الأجر .

وإن قال المالك : غصبتها ، وقال الراكب أجرتنيها فالاختلاف ههنا فى وجوب القيمة ، لان الاجر يجب فى الموضعين إلا أن يختلف المسمى وأجر المثل والقول قول المالك مع يمينه ، فإن كانت الدابة تالفة عقيب أخذها حلف وأخذ قيمتها ، وان كانت قد بقيت مدة لمثلها أجر والمسمى بقدر أجر المثل أخذه المالك لاتفاقهما على استحقاقه ، وكذلك إن كان أجر المثل دون المسمى وفى اليمين وجهان ، وإن كان زائداً على المسمى لم يستحقه إلا بيمين وجها واحداً .

كتاب الغصب

الغصب . هو الاستيلاء على مال غـــيره بغير حق ، وهو محرم بالـكتاب والسنة والاجماع .

أما الـكتاب فقول الله تعالى ٤ : ٢٩ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالـكم بينكم بالباطل إلا أن تـكون تجارة عن تراض منـكم) وقوله تعالى (ولا تأكلوا أموالـكم بينـكم بالباطل وتدلوا بها الى الحـكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالاثم وأنتم تعلمون) وقوله تعـالى (٥ : ٣٨ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا) والسرقة نوع من الغصب .

وأما السنة : فروى جابر أن رسول الله صلى الله عليه وســلم قال فى خطبته يوم النحر « إن دماءكم وأموالـكم حرام كحرمة يومكم هذا فى شهركم هذا فى بلدكم هذا » رواه مسلم وغـــيره ، وعن سعيد بن زيد قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وســـلم يقول « من أخذ شبراً من الأرض ظلماً طوقه من سبع أرضين » متفق عليه ، وروى أبو حرة الرقاشي عن عمه وعمرو بن يثربي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا يحل مال امرىء مسلم الا بطيب نفس منه » رواه أبو إسحاق الجوزجاني ، وأجمع المسلمون على تحريم الغصب فى الجملة ، وإنما اختلفوا فى فروع منه . إذا ثبت هذا فمن غصب شيئا لزمه رده ما كان باقيا بغير خلاف نعلمه ، لقول النبي صلى الله عليه وســـلم « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » ولأن حق المغصوب منه معلق بعين ماله وماليته ولا يتحقق ذلك إلا برده فان تلف فى يده لزمه بدله ، لقول الله تعالى (٢ : ١٩٤ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ولأنه لما تعذر رد العين وجب رد ما يقوم مقامها فى الماليه .

ثم ينظر . فان كان مما تتماثل أجزاؤه وتتفاوت صفاته كالحبوب والأدهان وجب مثله ، لان المثل أقرب اليه من القيمة وهو مماثل له من طريق الصورة والمشاهدة والمعنى ، والقيمة مماثلة من طريق الظن والاجتهاد فكان ما طريقه المشاهدة مقدما كما يقدم النص على القياس لـكون النص طريقه الادراك بالسماع .

والقياس طريقه الظن والاجتهاد ، وان كان غير متقارب الصفات وهو ما عدا المكيل والموزون وجبت قيمته فى قول الجماعة .

وحكى عن العنبرى يجب فى كل شىء مثله ، لما روت جسرة بنت دجاجة عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت « ما رأيت صانعا مثل حفصة ، صنعت طعاما فبعثت به إلى النبى صلى الله عليه وسلم فأخذنى الافكل ، فكسرت الاناء فقلت : يا رسول الله ما كفارة ما صنعت ؟ فقال : اناء مثل الاناء ، وطعام مثل الطعام ؟ رواه أبو داود .

وعن أنس « أن احدى نساء النبى صلى الله عليه وسلم كسرت قصعة الاخرى فدفع النبى صلى الله عليه وسلم قصعة الكاسرة الى رسول صاحبة المكسورة وحبس المكسورة فى بيته » رواه أبو داود مطولا ، ورواه الترمذى نحوه وقال حديث حسن صحيح ، ولان النبى (ص) استسلف بعيراً ورد مثله .

ولنا ما روى عبد الله بن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من أعتق شركا له فى عبد قوم عليه قيمة العدل » متفق عليه ، فأمر بالتقويم فى حصة الشريك لأنها متلفة بالعتق ولم يأمر بالمثل ، ولأن هذه الاشياء لا تتساوى أجزاؤها وتتباين صفاتها ، فالقيمة فيها أعدل وأقرب اليها فكانت أولى ، وأما الخبر فمحمول على أنه جوز ذلك بالتراضى وقد علم أنها ترضى بذلك .

(فصل) وما تتماثل أجزاؤه وتتقارب صفاته كالدراهم والدنانير والحبوب والأدهان ضمن بمثله بغير خلاف ، قال ابن عبد البر : كل مطعوم من مأكول أو مشروب فمجمع على أنه يجب على مستهلكه مثله لا قيمته ، وأما سائر المكيل والموزون ، فظاهر كلام أحمد : أنه يضمن بمثله أيضا : فانه قال فى رواية حرب وابراهيم بن هانى : ما كان من الدراهم والدنانير وما يكال ويوزن فعليه مثله دون القيمة : فظاهر هذا وجوب المثل فى كل مكيل وموزون الا أن يكون مما فيه صناعة كمعمول الحديد والنحاس والرصاص من الاوانى والآلات ونحوها ، والحلى من الذهب والفضة وشبهه ، والمنسوج من الحرير والكتان والقطن والصوف والشعر والمغزول من ذلك فانه يضمن بقيمته ، لأن الصناعة تؤثر فى قيمته وهى مختلفة فالقيمة فيه أحصر ، فأشبه غير المكيل والموزون

وذكر القاضي أن النقرة والسبيكة من الأثمان والعنب والرطب والكمثرى يضمن بقيمته ، وظاهر كلام أحمد يدل على ما قلنا ، وإنما خرج منه ما فيه الصناعة لما ذكرنا ، ويحتمل أن يضمن النقرة بقيمتها لتعذر وجود مثلها إلا بتكسير الدراهم المضروبة وسبكها ، وفيه اتلاف ، فعلى هذا ان كان المضمون بقيمته من جنس الأثمان وجبت قيمته من غالب نقد البلد فان كانت من غير جنسه وجبت بكل حال ، وان كانت من جنسه فكانت موزونة وجبت قيمته وان كانت أقل أو أكثر قوم بغير جنسه لئلا يؤدي الى الربا ، وقال القاضي : ان كانت فيه صناعة مباحة فزادت قيمته من أجلها جاز تقويمه بجنسه لان ذلك قيمته والصناعة لها قيمة وكذلك لو كسر الحلي وجب أرش كسره ويخالف البيع لان الصناعة لا يقابلها العوض في العقود ، ويقابلها في الاتلاف : ألا ترى أنها لا تنفرد بالعقد وتنفرد بضمانها بالاتلاف ، قال بعض أصحاب الشافعي هذا مذهب الشافعي .

وذكر بعضهم مثل القول الاول ، وهو الذي ذكره أبو الخطاب لان القيمة مأخوذة على سبيل العوض فالزيادة فيه ربا كالبيع وكالنقص ، وقد قال أحمد في رواية ابن منصور . اذا كسر الحلي يصلحه أحب الي ، قال القاضي . وهذا محمول على أنهما تراضيا بذلك لا أنه على طريق الوجوب ، وهذا فيما اذا كانت الصناعة مباحة فان كانت محرمة كالاواني وحلي الرجال لم يجز ضمانه بأكثر من وزنه وجها واحداً لان الصناعة لا قيمة لها شرعا فهي كالمعدومة .

« مسألة » قال ﴿ ومن غصب أرضا فغرسها أخذ بقلع غرسه وأجرتها الى وقت تسليمها ، ومقدار نقصانها ان كان نقصها الغرس ﴾

الكلام في هذه المسألة في فصول :

أحدها : أنه يتصور غصب العقار من الاراضي والدور ويجب ضمانها على غاصبها ، هذا ظاهر مذهب أحمد ، وهو المنصوص عن أصحابه ، وبه قال مالك والشافعي ومحمد ابن الحسن ، وروى ابن منصور عن أحمد فيمن غصب أرضا فزرعها ثم أصابها غرق من الغاصب غرم قيمة الارض ، وان كان شيئا من السماء لم يكن عليه شيء ، وظاهر هذا : أنها لا تضمن بالغصب ، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف :

لا يتصور غصبها ولا تضمن بالغصب ، وإن أتلفها ضمنها بالاتلاف لأنه لا يوجد فيها النقل والتحريم فلم يضمنها كما لو حال بينه وبين متاعه فتلف المتاع ، ولأن الغصب إثبات اليد على المـال عدوانا على وجه تزول به يد المالك ولا يمكن ذلك فى العقار .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « من ظلم قيد شبر من الأرض طوقه يوم القيامة من سبع أرضين » رواه البخارى عن عائشة ، وفى لفظ « من غصب شبراً من الأرض » فأخبر النبى صلى الله عليه وسلم أنه يغصب ويظلم فيه ، ولأن ماضمن فى البيع وجب ضمانه فى الغصب كالمنقول ، ولأنه يمكن الاستيلاء عليه على وجه يحول بينه وبين مالـكه ، مثل ان يسكن الدار ويمنع مالـكها من دخولها فأشبه ما لو أخذ الدابة والمتاع ، وأما إذا حال بينه وبين متاعه فما استولى على ماله فنظيره ههنا أن يحبس المالك ولا يستولى على داره ، وأما ما تلف من الأرض بفعله أو سبب فعله كهدم حيطانها وتغريقها وكشط ترابها وإلقاء الحجارة فيها أو نقص يحصل بغرسه أو بنائه فيضمنه بغير اختلاف فى المذهب ولا بين العلماء ، لأن هذا إتلاف والعقار يضمن بالاتلاف من غير اختلاف ، ولا يحصل الغصب من غير استيلاء فلو دخل أرض إنسان أو داره لم يضمنها بدخوله سواء دخلها بإذنه أو غير إذنه ، وسواء كان صاحبها فيها أو لم يكن ، وقال بعض أصحاب الشافعى . إن دخلها بغير إذنه ولم يكن صاحبها فيها ضمنها ، سواء قصد ذلك أو ظن أنها داره أو دار أذن له فى دخولها لأن يد الداخل ثبتت عليها بذلك فيصير غاصباً فإن الغصب إثبات اليد العادية ، وهذا قد ثبتت يده بدليل أنهما لو تنازعا فى الدار ولا بينة لهما حكم بها لمن هو فيها دون الخارج منها .

ولنا أنه غير مستول عليها فلم يضمنها كما لو دخلها بإذنه أو دخل صحراءه ، ولأنه إنما يضمن بالغصب ما يضمنه فى العارية وهذا لا تثبت به العارية ، ولا يجب به الضمان فيها فكذلك لا يثبت به الغصب إذا كان بغير إذن :

(الفصل الثانى) أنه إذا غرس فى أرض غيره بغير إذنه أو بنى فيها فطلب صاحب الأرض قلع غراسه أو بنائه لزم الغاصب ذلك ، ولا نعلم فيه خلافا . لمـا روى

سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ليس لعرق ظالم حق » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن .

وروى أبو داود وأبو عبيد فى الحديث أنه قال « فلقد أخبرنى الذى حدثنى هذا الحديث أن رجلا غرس فى أرض رجل من الأنصار من بنى بياضة فاختصما الى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقضى للرجل بأرضه ، وقضى للآخر أن ينزع نخله قال : فلقد رأيتها تضرب فى أصولها بالفؤس ، وإنها لنخل عم[1] » ولأنه شغل ملك غيره بملكه الذى لا حرمة له فى نفسه بغير إذنه فلزمه تفريغه كما لو جعل فيه قماشا ، وإذا قلعها لزمه تسوية الحفر ورد الأرض إلى ما كانت عليه لأنه ضرر حصل بفعله فى ملك غيره فلزمته إزالته : وإن أراد صاحب الأرض أخذ الشجر والبناء بغير عوض لم يكن له ذلك لأنه عين مال الغاصب فلم يملك صاحب الأرض أخذه كما لو وضع فيها أثاثاً أو حيوانا . وإن طلب أخذه بقيمته وأبى مالكه إلا القلع فله القلع لأنه ملكه فملك نقله ولا يجبر على أخذ القيمة لانها معاوضة فلم يجبر عليها وإن اتفق على تعويضه عنه بالقيمة أو غيرها جاز لان الحق لهما فجاز ما اتفقا عليه ، وإن وهب الغاصب الغراس والبناء لمالك الارض ليتخلص من قلعه وقبله المالك جاز ، وان أبى قبوله وكان فى قلعه غرض صحيح لم يجبر على قبوله لما تقدم ، وان لم يكن فى قلعه غرض صحيح احتمل أن يجبر على قبوله لان فيه رفع الخصومة من غير غرض يفوت .

ويحتمل أن لا يجبر لان فيه اجباراً على عقد يعتبر الرضى فيه ، وان غصب أرضاً وغراسا من رجل واحد فغرسه فيه فالكل لمالك الارض فإن طالبه المالك بقلعه وفى قلعه غرض أجبر على قلعه لانه فوت عليه غرضا مقصوداً بالارض فأخذ بإعادتها الى ما كانت ، وعليه تسوية الارض ونقصها ونقص الغراس لما ذكرنا ، وان لم يكن فى قلعه غرض لم يجبر على قلعه لانه سفه فلا يجبر على السفه . وقيل : يجبر لان المالك محكم فى ملكه والغاصب غير محكم ، فان أراد الغاصب قلعه ومنعه الحاكم لم يملك قلعه لان الجميع ملك للمغصوب منه فلم يملك غيره التصرف فيه بغير إذنه .

---
(١) بضم العين أى طوال .

(فصل) والحكم فيما إذا بنى فى الارض كالحكم فيما إذا غرس فيها فى هذا التفصيل جميعه الا أنه يتخرج انه اذا بذل مالك الارض القيمة لصاحب البناء أجبر على قبولها اذا لم يكن فى النقض غرض صحيح لان النقض سفه ، والاول أصح ، لما روى الخلال بإسناده عن الزهرى عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من بنى فى رباع قوم بإذنهم فله القيمة ، ومن بنى بغير اذنهم فله النقض » ولان ذلك معاوضة فلا يجبر عليها ، واذا كانت الآلة من تراب الأرض وأحجارها فليس للغاصب النقض على ما ذكرنا فى الغرس .

(فصل)

وان غصب داراً فجصصها وزوقها وطالبه ربها بإزالته وفى ازالته غرض لزمه ازالته وأرش نقصها ان نقصت ، وان لم يكن فيه غرض فوهبه الغاصب لمالكها أجبر على قبوله لان ذلك صفة فى الدار فأشبه قصارة الثوب ، ويحتمل أن لا يجبر لانها أعيان متميزة فصارت بمنزلة القماش ، وان طلب الغاصب قلعه ومنعه المالك ، وكان له قيمة بعد الكشط فللغاصب قلعه كما يملك قلع غراسه سواء بذل له المالك قيمته أو لم يبذل وان لم يكن له قيمة ففيه وجهان .

أحدهما . يملك قلعه لانه عين ماله .

والثانى : لا يملك لانه سفه يضر ولا ينفع فلم يجبر عليه وان بذل المالك له قيمته ليتركه .

(فصل) وان غصب أرضا وكشط ترابها لزمه رده وفرشه على ما كان ان طلبه المالك وكان فيه غرض صحيح ، وان لم يكن فيه غرض فهل يجبر على فرشه يحتمل وجهين . وان منعه المالك فرشه أو رده وطلب الغاصب ذلك وكان فى رده غرض من ازالة ضرر ، أو ضمان فله فرشه ورده وعليه أجر مثلها مدة شغلها وأجر نقصها ، وان أخذ تراب أرض فضرب به لبناء رده ، ولا شيء له الا أن يكون قد جعل فيه تبنا له فيكون له ان يحله ويأخذ تبنه ، وان كان لا يحصل منه شيء ففيه وجهان ، بناء على كشط التزويق اذا لم يكن له قيمة ، وان طالبه المالك بحله لزمه ذلك اذا كان فيه غرض وان لم يكن فيه غرض فعلى وجهين وان جعله آجراً أو فخاراً لزمه رده ولا أجر له لعمله ، وليس له كسره ولا للمالك

اجباره عليه لأن ذلك سفه لا يفيد واتلاف للمال واضاعة له ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال .

(فصل) وان غصب أرضا لحفر فيها بئراً فطالبه المالك بطمها لزمه ذلك ، لانه يضر بالأرض ، ولان التراب ملكه نقله من موضعه فلزمه رده كتراب الارض ، وكذلك ان حفر فيها نهراً أو حفر بئراً فى ملك رجل بغير اذنه ، وان أراد الغاصب طمها فمنعه المالك نظرنا فان كان له غرض فى طمها بأن يسقط عنه ضمان ما يقع فيها أو يكون قد نقل ترابها الى ملك نفسه أو ملك غيره أو طريق يحتاج الى تفريغه فله الرد لما فيه من الغرض ، وبهذا قال الشافعى ، وان لم يكن له غرض فى طم البئر ، مثل أن يكون قد وضع التراب فى ملك المغصوب منه وأبرأه المغصوب منه مما حفر وأذن فيه لم يكن له طمها فى أحد الوجهين لانه اتلاف لا نفع فيه فلم يكن له فعله كما لو غصب نقرة فطبعها دراهم ثم أراد جعلها نقرة ، وبهذا قال أبو حنيفة والمزنى وبعض الشافعية ، وقال بعضهم : له طمها ، وهو الوجه الثانى لنا لانه لا يبرأ من الضمان بإبراء المالك لانه ابراء عما لم يجب بعد، وهو أيضا ابراء من حق غيره وهو الواقع فيها .

ولنا أن الضمان انما لزمه لوجود التعدى فإذا رضى صاحب الارض زال التعدى فزال الضمان ، وليس هذا ابراء عما لم يجب ، وانما هو اسقاط التعدى برضائه به ، وهكذا ينبغى أن يكون اذا لم يتلفظ بالإبراء ولكن منعه من طمها لانه يتضمن رضاه بذلك .

(الفصل الثالث) ان على الغاصب أجر الارض منذ غصبها الى وقت تسليمها وهكذا كل ماله أجر فعلى الغاصب أجر مثله سواء استوفى المنافع أو تركها حتى ذهبت لانها تلفت فى يده العادية فكان عليه عوضها كالاعيان ، وان غصب أرضا فبناها داراً فان كانت آلات بنائها من مال الغاصب فعليه أجر الارض دون بنائها لانه انما غصب الارض ، والبناء له فلم يلزمه أجر ماله ؛ وان بناها بتراب منها وآلات للمغصوب منه فعليه أجرها مبنية لان الدار كلها ملك للمغصوب منه وانما للغاصب فيها أثر الفعل فلا يكون فى مقابلته أجر لانه وقع عدوانا ، وان

غصب داراً فنقضها ولم يبنها فعليه أجر دار إلى حين نقضها وأجرها مهدومة من حين نقضها إلى حين ردها لأن البناء انهدم وتلف فلم يجب أجره مع تلفها ، وإن نقضها ثم بناها بآلة من عنده فالحكم فيها كذلك ، وإن بناها بآلتها أو آلة من ترابها أو ملك المغصوب منه فعليه أجرها عرصة منذ نقضها إلى أن بناها وأجرها داراً فيما قبل ذلك وبعده لأن البناء للمالك ، وحكمها فى نقض بنائها الذى بناه الغاصب حكم ما لو غصبها عرصة فبناها . وان كان الغاصب باعها فبناها المشترى أو نقضها ثم بناها فالحكم لا يختلف ، لكن للمالك مطالبة من شاء منهما والرجوع عليه فإن رجع على الغاصب رجع الغاصب على المشترى بقيمة ما تلف من الأعيان لان المشترى دخل على أنه مضمون عليه بالعوض فاستقر ضمانه عليه ، وإن رجع المالك على المشترى رجع المشترى على الغاصب بنقص التالف ولم يرجع بقيمة ما تلف وهل يرجع كل واحد منهما على صاحبه بالاجر ؟ على روايتين ، وليس له مطالبة المشترى بشيء من الاجر إلا بأجر مدة مقامها فى يديه لان يده إنما ثبتت عليها حينئذ .

(الفصل الرابع) أن على الغاصب ضمان نقص الارض إن كان نقصها الغرس أو نقصت بغيره وهكذا كل عين مغصوبة على الغاصب ضمان نقصها إذا كان نقصاً مستقراً كثوب تخرق وإناء تكسر وطعام سوس وبناء خرب ونحوه فإنه يردها وأرش النقص ، لانه نقص حصل فى يد الغاصب فوجب ضمانه كالقفيز من الطعام والذراع من الثوب وبهذا قال الشافعي

وقال أبو حنيفة إذا شق رجل لرجل ثوبا شقا قليلا أخذ أرشه وإن كان كثيراً فصاحبه بالخيار بين تسليمه وأخذ قيمته وبين إمساكه وأخذ أرشه ، وقد روى عن أحمد كلام يحتمل هذا فانه قال فى رواية موسى بن سعيد فى الثوب إن شاء شق الثوب وان شاء مثله يعني والله أعلم ان شاء أخذ أرش الشق، ووجهه ان هذه جناية أتلفت معظم منفعته فكانت له المطالبة بقيمته كما لو قتل شاة له .

وحكى أصحاب مالك عنه أنه اذا جنى على عين فأتلف غرض صاحبها فيها كان المجنى عليه بالخيار ان شاء رجع بما نقصت وان شاء سلمها وأخذ قيمتها ولعل ما يحكى عنه من قطع ذنب حمار القاضي ينبنى على ذلك لانه أتلف غرضه به

فإنه لا يركبه فى العادة ، وحجتهم أنه أتلف المنفعة المقصودة من السلعة فلزمته قيمتها كما لو أتلف جميعها .

ولنا أنها جناية على مال أرشها دون قيمته فلم يملك المطالبة بجميع قيمته ، كما لو كان الشق يسيراً ، ولأنها جناية تنقص بها القيمة ، فأشبه ما لو لم يتلف غرض صاحبها ، وفى الشاة تلف جميعها لأن الاعتبار فى الإتلاف بالمجنى عليه لا بغرض صاحبه ، لأن هذا إن لم يصلح لهذا صلح لغيره

فصل

وقدر الأرش قدر نقص القيمة فى جميع الأعيان ، وبهذا قال الشافعى . وعن أحمد رواية أخرى أن عين الدابة تضمن بربع قيمتها ، فإنه قال فى رواية أبى الحارث فى رجل فقأ عين دابة لرجل ، عليه ربع قيمتها ، قيل له : فقأ العينين ؟ فقال : إذا كانت واحدة فقال عمر ربع القيمه ، وأما العينان فما سمعت فيها شيئاً ، قيل له فإن كان بعيراً أو بقرة أو شاة ، فقال هذا غير الدابة . هذا ينتفع بلحمه تنظر ما نقصها وهذا يدل على أن أحمد إنما أوجب مقدراً فى العين الواحدة من الدابة، وهى الفرس والبغل والحمار خاصة للأثر الوارد فيه ، وما عدا هذا يرجع الى القياس . واحتج أصحابنا لهذه الرواية بما روى زيد بن ثابت أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى فى عين الدابة بربع قيمتها .

وقد روى عن عمر رضى الله عنه أنه كتب إلى شريح لما كتب إليه يسأله عن عين الدابة . إنا كنا ننزلها منزلة الآدمى ، إلا أنه أجمع رأينا أن قيمتها ربع الثمن ، وهذا إجماع يقدم على القياس ، ذكر هذين أبو الخطاب فى رءوس المسائل .

وقال أبو حنيفة : إذا قلع عينى بهيمة تنتفع بها من وجهين كالدابة والبعير والبقرة وجب نصف قيمتها ؛ وفى إحداهما ربع قيمتها ، لقول عمر رضى الله عنه : أجمع رأينا على أن قيمتها ربع الثمن

وروى عن أحمد فى العبد : انه يضمن فى الغصب بما يضمن به فى الجناية ، فنى يده نصف قيمته وفى موضحته نصف عشر قيمته . وهذا قول بعض أصحاب الشافعى لأنه ضمان لأبعاض العبد ، فكان مقدراً من قيمته كأرش الجناية

ولنا أنه ضمان مال من غير جناية ، فكان الواجب ما نقص كالثوب ، وذلك لأن القصد بالضمان جبر حق المالك بإيجاب قدر المفوت عليه ، وقدر النقص هو الجابر، ولأنه لو فات الجميع لوجبت قيمته ، فإذا فات منه شيء وجب قدره من القيمة كغير الحيوان . وأما حديث زيد بن ثابت فلا أصل له ، ولو كان صحيحا لما احتج أحمد وغيره بحديث عمر وتركوه ، فإن قول النبي (ص) أحق أن يحتج به . وأما قول عمر فمحمول على أن ذلك كان قدر نقصها ، كما روى عنه أنه قضى في العين القائمة بخمسين دينارا ، ولو كان تقديرا لوجب في العين نصف القيمة كعين الآدمى وأما ضمان الجناية على أطراف العبد فمعدول به عن القياس للإلحاق بالجناية على الحر والواجب ههنا ضمان اليد ، ولا تثبت اليد على الحر ، فوجب البقاء فيه على موجب الأصل وإلحاقه بسائر الأموال المغصوبة . وقول أبي حنيفة ان هذا في بهيمة الأنعام والدابة . لا يصح لأن هذا القول مبنى على قول عمر وقول عمر انما هو في الدابة، والدابة في العرف مايعد للركوب دون بهيمة الأنعام .

(فصــــل)

وان غصب عبداً فجنى عليه جناية مقدرة الدية ، فعلى قولنا ضمان الغصب ضمان الجناية الواجب أرش الجناية ، كما لو جنى عليه من غير غصب فنقصته الجناية أقل من ذلك أو أكثر

وان قلنا ضمان الغصب غير ضمان الجناية وهو الصحيح فعليه أكثر الامرين من أرش النقص أو دية ذلك العضو ، لأن ضمان كل واحد منهما وجد فوجب أكثرهما ودخل فيه الآخر : فإن الجناية واليد وجدا جميعا ، فإن غصب عبــــدا يساوى ألفاً فزادت قيمته فصار يساوى ألفين ؛ ثم قطع يده فنقص ألفا لزمه ألف ورد العبد ، لأن سبب زيادة السوق مع تلف العين مضمونة ، ويد العبد كنصفه فكأنه بقطع يده فوت نصفه ، وان نقص ألفا وخمسمائة . وقلنا الواجب ما نقص فعليه ألف وخمسمائة ويرد العبد

وان قلنا ضمان الجناية فعليه ألف ورد العبد لحسب ، وان نقص خمسمائة فعليه رد العبد وهل يلزمه ألف أو خمسمائة ؟ على وجهين :

(فصــــل) وان غصب عبدا فقطع آخر يده فللمالك تضمين أيهما شاء ؛ لأن

الجانى قطع يده والغاصب حصل النقص فى يده ، فإن ضمن الجانى فله تضمينه نصف قيمته لا غير ، ولا يرجع على أحد لأنه لم يضمنه أكثر مما وجب عليه ، ويضمن الغاصب ما زاد على نصف القيمة ان نقص أكثر من النصف : ولا يرجع على أحد .

وان قلنا ان ضمان الغصب ضمان الجناية أو لم ينقص أكثر من نصف قيمته لم يضمن الغاصب ههنا شيئا ، وان اختار تضمين الغاصب وقلنا ان ضمان الغصب كضمان الجناية ضمنه نصف القيمه ورجع بها الغاصب على الجانى ، لأن التلف حصل بفعله فاستقر الضمان عليه

وان قلنا ان ضمان الغصب بما نقص فلرب العبد تضمينه بأكثر الامرين ، لان ما وجد فى يده فهو فى حكم الموجود منه ، ثم يرجع الغاصب على الجانى بنصف القيمة لانها أرش جناية فلا يجب عليه أكثر منها .

(فصل) وان غصب عبدا فقطع أذنيه أو يديه أو ذكره أو أنفه أو لسانه أو خصييه لزمته قيمته كلها ورد العبد ، نص عليه أحمد ، وبهذا قال مالك والشافعى وقال أبو حنيفة والثورى : يخير المالك بين أن يصبر ولا شىء له وبين أخذ قيمته ويملكه الجانى ، لأنه ضمان مال ، فلا يبقى ملك صاحبه عليه مع ضمانه له كسائر الاموال .

ولنا أن المتلف البعض فلا يقف ضمانه على زوال الملك عن جملته كقطع ذكر المدبر وكقطع احدى يديه أو أذنيه ، ولان المضمون هو المفوت ، فلا يزول الملك عن غيره بضمانه كما لو قطع تسع أصابع ، وبهذا ينفصل عما ذكروه ، فإن الضمان فى مقابلة المتلف لا فى مقابلة الجملة ، فأما ان ذهبت هذه الاعضاء بغير جناية فهل يضمنها ضمان الاتلاف أو بما نقص ؟ على روايتين سبق ذكرهما

(فصل) وان جنى العبد المغصوب فجنايته مضمونة على الغاصب لانه نقص فى العبد الجانى لكون أرش الجناية يتعلق برقبته فكان مضمونا على الغاصب كسائر نقصه وسواء فى ذلك ما يوجب القصاص أو المال ، ولا يلزمه أكثر من النقص الذى لحق العبد ، وان جنى على سيده فجنايته مضمونة على الغاصب أيضا لانها من جملة جناياته ، فكان مضمونا على الغاصب كالجناية على الاجنبى

{ فصـــل }

إذا نقصت عين المغصوب دون قيمته ، فذلك على ثلاثة أقسام :

أحدها أن يكون الذاهب جزءاً مقدر البدل ، كعبد خصاه وزيت أغلاه ، ونقرة ضربها دراهم فنقصت عينها دون قيمتها ، فإنه يجب ضمان النقص فيضمن نقص العبد بقيمته ونقص الزيت والنقره بمثلها مع رد الباقي منها ، لأن الناقص من العين له بدل مقدر فلزمه ما تقدر به كما لو أذهب الجميع

الثاني : أن لا يكون مقدرا ، مثل ان غصب عبدا ذا سمن مفرط فخف جسمه ولم تنقص قيمته فلا شيء فيه سوى رده لان الشرع إنما أوجب في هذا مانقص من القيمه ، ولم يقدر بدله ، ولم تنقص القيمة . فلم يجب شيء ؛ بخلاف الصورة الاولى . فإن الذهب مقدر البدل فلم يسقط بدله

الثالث : أن يكون النقص في مقدر البدل ، لكن الذهب منه أجزاء غير مقصودة كعصير أغلاه فذهب مائيته : وانعقدت أجزاؤه ، فنقصت عينه دون قيمته ففيه وجهان :

أحدهما لاشيء عليه سوى رده . لان النار انما أذهبت مائيته التي يقصدذهابها ولهذا تزداد حلاوته وتكثر قيمته فلم يجب ضمانها كسمن العبد الذي ينقص قيمته .

والثاني يجب ضمانه لانه مقدر البدل ، فأشبه الزيت إذا أغلاه ، وان نقصت العين والقيمة جميعا ، وجب في الزيت وشبهه ضمان النقصين جميعا ، لان كل واحد منهما مضمون منفردا ؛ فكذلك اذا اجتمعا ، وذلك مثل أن يكون رطل زيت قيمته درهم فأغلاه فنقص ثلثه ، فصار قيمة الباقي نصف درهم فعليه ثلث رطل وسدس درهم ، وان كانت قيمة الباقي ثلثي درهم فليس عليه أكثر من ثلث رطل لان قيمة الباقي لم تنقص ، وان خصى العبد فنقصت قيمته فليس عليه أكثر من ضمان خصييه ، لان ذلك بمنزلة ما لو فقأ عينيه ، وهل يجب في العصير ما نقص من القيمة أو يكون كالزيت ؟ على وجهين

(فصل) وان غصب عبدا فسمن سمنا نقصت به قيمته ، أوكان شابا فصار شيخا ، أوكانت الجارية ناهدا فسقط ثدياها وجب أرش النقص ، لا نعلم فيه

خلافا ، فإن كان العبد أمرد فنبتت لحيته فنقصت قيمته وجب ضمان نقصه . وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يجب ضمانه لأن الفائت لا يقصد قصداً صحيحا ، فأشبه الصناعة المحرمة

ولنا أنه نقص فى القيمة بتغيير صفته فيضمنه كبقية الصور

فصل

وإن نقص المغصوب نقصا غير مستقر كطعام ابتل وخيف فساده ، أو عفن وخشى تلفه فعليه ضمان نقصه ، وهذا منصوص الشافعي . وله قول آخر أنه لا يضمن نقصه ، وقال القاضي : لا يلزمه بدله لأنه لا يعلم قدر نقصه ، وكلما نقص شيئا ضمنه لأنه يستند الى السبب الموجود فى يد الغاصب ، فكان كالموجود فى يده . وقال أبو الخطاب : يتخير صاحبه بين أخذ بدله وبين تركه حتى يستقر فساده ويأخذ أرش نقصه . وقال أبو حنيفة : يتخير بين إمساكه ولا شىء له ، أو تسليمه الى الغاصب ويأخذ من قيمته ، لأنه لو ضمن النقص لحصل له مثل كيله وزيادة ، وهذا لا يجوز ، كما لو باع قفيزاً جيداً بقفيز ردىء ودرهم

ولنا أن عين ماله باقية وإنما حدث فيه نقص فوجب فيه ما نقص ، كما لو باع عبداً فمرض ، وقد وافق بعض أصحاب الشافعي على هذا فى العفن ، وقال لا يضمن ما نقص قولا واحداً ولا يضمن ما تولد منه لأنه ليس من فعله ، وهذا الفرق لا يصح ، لأن البلل قد يكون من غير فعله أيضا . وقد يكون العفن بسبب منه ، ثم ان ما وجد فى يد الغاصب فهو مضمون عليه لوجوده فى يده فلا فرق ، وقول أبى حنيفة لا يصح لأن هذا الطعام عين ماله وليس ببدل عنه ، وقول أبى الخطاب لا بأس به .

« مسألة » قال (وان كان زرعها فأدركها ربها والزرع قائم كان الزرع لصاحب الأرض وعليه النفقة وان استحقت بعد أخذ الغاصب الزرع فعليه أجرة الارض)

قوله : فأدركها ربها ، يعنى استرجعها من الغاصب أو قدر على أخذها منه ، وهو معنى قوله استحقت ، يعنى أخذها مستحقها ، فمتى كان هذا بعد حصاد الغاصب الزرع فإنه للغاصب لا نعلم فيه خلافا وذلك لأنه نماء ماله وعليه الأجرة الى وقت

التسليم وضمان النقص ولو لم يزرعها ، فنقصت لترك الزراعه كأراضى البصرة أو نقصت لغير ذلك ضمن نقصها أيضا لما قدمنا فى المسألة التى قبل هذه ، فأما ان أخذها صاحبها والزرع قائم فيها لم يملك اجبار الغاصب على قلعه وخير المالك بين أن يقر الزرع فى الأرض الى الحصاد ويأخذ من الغاصب أجر الأرض وأرش نقصها وبين أن يدفع اليه نفقته ويكون الزرع له ، وبهذا قال أبو عبيد . وقال أكثر الفقهاء يملك اجبار الغاصب على قلعه ، والحكم فيه كالغرس سواء لقوله (ص « ليس لعرق ظالم حق » ولأنه زرع فى أرض غيره ظلما أشبه الغراس

ولنا ما روى نافع بن خديج قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من رزع فى أرض قوم بغير اذنهم فليس له من الزرع شىء وعليه نفقته » رواه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن ، فيه دليل على أن الغاصب لا يجبر على قلعه ، لانه ملك للمغصوب منه . وروى أن النبى (ص رأى زرعا فى أرض ظهير فأعجبه فقال « ما أحسن زرع ظهير » فقال انه ليس لظهير ولكنه لفلان ، قال « فخذوا زرعكم وردوا عليه نفقته » قال رافع فأخذنا زرعنا ورددنا عليه نفقته ولانه أمكن رد المغصوب الى مالكه من غير إتلاف مال الغاصب على قرب من الزمان فلم يجز إتلافه ، كما لو غصب سفينة فحمل فيها ماله وأدخلها البحر ، أو غصب لوحا فرقع به سفينة فإنه لا يجبر على رد المغصوب فى اللجة وينتظر حتى ترسى صيانة للمال عن التلف ، كذا ههنا ، ولانه زرع حصل فى ملك غيره فلم يجبر على قلعه على وجه يضر به ، كما لو كانت الارض مستعارة أو مشفوعة ، وفارق الشجر والنخل لان مدته تتطاول ولا يعلم متى ينقلع من الارض فانتظاره يؤدى الى ترك رد الاصل بالكليه ، وحديثهم ورد فى الغرس وحديثنا فى الزرع فيجمع بين الحديثين ويعمل بكل واحد منهما فى موضعه ، وذلك أولى من إبطال أحدهما .
إذا ثبت هذا فمتى رضى المالك بترك الزرع للغاصب ويأخذ منه أجر الارض فله ذلك لانه شغل المغصوب بماله فملك صاحبه أخذ أجره كما لو ترك فى الدار طعاما أو أحجاراً يحتاج فى نقله إلى مدة ، وإن أحب أخذ الزرع فله ذلك كما يستحق الشفيع أخذ شجر المشترى بقيمته ، وفيما يرد على الغاصب روايتان

إحداهما : قيمة الزرع لأنه بدل عن الزرع فيقدر بقيمته كما لو أتلفه ولأن الزرع للغاصب إلى حين انتزاع المالك له منه بدليل أنه لو أخذه قبل انتزاع المالك له كان ملكا له ولو لم يكن ملكا له لما ملكه بأخذه فيكون أخذ المالك له تملكا له الا أن يعوضه فيجب أن يكون بقيمته كما لو أخذ الشقص المشفوع ويجب على الغاصب أجر الأرض الى حين تسليم الزرع لأن الزرع كان محكوما له به وقد شغل به أرض غيره .

(والروايه الثانية) أنه يرد على الغاصب ما أنفق من البذرة ومؤنة الزرع فى الحرث والسقى وغيره وهذا الذى ذكره القاضى ، وهذا ظاهر كلام الخرقى وظاهر الحديث لقوله عليه السلام « عليه نفقته » وقيمة الشىء لا تسمى نفقة له والحديث مبنى على هذه المسألة فإن أحمد إنما ذهب الى هذا الحكم استحسانا على خلاف القياس فإن القياس أن الزرع لصاحب البذر لأنه نماء عين ماله فأشبه ما لو غصب دجاجة فحضنت بيضا له أو طعامافعلفه دواب له كان النماء له ، وقد صرح به أحمد فقال هذا شىء لا يوافق القياس استحسن أن يدفع اليه نفقته للأثر ولذلك جعلناه للغاصب إذا استحقت الأرض بعد أخذ الغاصب له واذا كان العمل بالحديث فيجب أن يتبع مدلوله .

(فصل)

فإن كان الزرع مما يبقى أصوله فى الأرض ويجز مرة بعد أخرى كالرطبة والنعناع احتمل أن يكون حكمه ما ذكرنا لدخوله فى عموم الزرع لأنه ليس له فرع قوى فأشبه الحنطة والشعير واحتمل أن يكون حكمه حكم الغرس لبقاء أصوله وتكرر أخذه ولأن القياس يقتضى أن يثبت لكل زرع مثل حكم الغرس وإنما ترك فيما تقل مدته للأثر ففيما عداه يبقى على قضية القياس .

(فصل) وان غصب أرضا فغرسها فأثمرت فأدركها ربها بعد أخذ الغاصب ثمرتها فهى له وإن أدركها والثمرة فيها فكذلك لأنها ثمرة شجره فكانت له كما لو كانت فى أرضه ولانها نماء أصل محكوم به للغاصب فكان له كأغصانها وورقها ولبن الشاة وولدها .

وقال القاضي : هي لمالك الأرض إن أدركها في الغراس لأن أحمد قال في رواية علي بن سعيد : إذا غصب أرضا فغرسها فالنماء لمالك الارض ، قال القاضي وعليه من النفقة ما أنفقه الغارس من مؤنة الثمرة لأن الثمرة في معنى الزرع فكان لصاحب الارض إذا أدركه قائما فيها كالزرع ، والاول أصح لأن أحمد قد صرح بأن أخذ رب الارض الزرع شيء لا يوافق القياس وانما صار اليه للأثر فيختص الحكم به ولا يعدى الى غيره ولان الثمرة تفارق الزرع من وجهين :

أحدهما أن الزرع نماء الارض فكان لصاحبها والثمر نماء الشجر فكان لصاحبه

الثاني : أنه يرد عوض الزرع الذي أخذه مثل البذر الذي نبت منه الزرع مع ما أنفق عليه ولا يمكنه مثل ذلك في الثمر :

(فصـــل)

وان غصب شجراً فأثمر فالثمر لصاحب الشجر بغير خلاف نعلمه لأنه نماء ملكه ولأن الشجر عين ملكه نمي وزاد فأشبه ما لو طالت أغصانه ، وعليه رد الثمر إن كان باقيا ؛ وان كان تالفا فعليه بدله وان كان رطبا فصار تمراً أو عنبا فصار زبيبا فعليه رده وأرش نقصه ان نقص وليس له شيء بعمله فيه وليس للشجر أجرة لأن أجرتها لا تجوز في العقود فكذلك في الغصب ولان نفع الشجر تربية الثمر وإخراجه وقد عادت هذه المنافع الى المالك ولو كانت ماشية فعليه ضمان ولدها ان ولدت عنده ويضمن لبنها بمثله لأنه من ذوات الأمثال ويضمن أوبارها وأشعارها بمثله كالقطن .

(فصل) وإذا غصب أرضا فحكمها في جواز دخول غيره اليها حكمها قبل الغصب فإن كانت محوطة كالدار والبستان المحوط لم يجز لغير مالكها دخولها لان ملك مالكها لم يزل عنها فلم يجز دخولها بغير إذنه كما لو كانت في يده . قال أحمد في الضيعة تصير غيضة فيها سمك لا يصيد فيها أحد إلا بإذنهم وإن كانت صحراء جاز الدخول فيها ورعي حشيشها .

قال أحمد : لا بأس برعي الكلأ في الارض المغصوبة وذلك لان الكلأ لا يملك بملك الارض ، ويتخرج في كل واحدة من الصورتين مثل حكم الاخرى قياسا لها عليها ، ونقل عنه المروذي في رجل والداه في دار طوابيقها غصب

لا يدخل على والديه وذلك لأن دخوله عليهما تصرف فى الطوابيق المغصوبة ،
ونقل عنه الفضل بن عبد الصمد فى رجل له أخوة فى أرض غصب يزورهم ويراودهم على الخروج فإن أجابوه والا لم يقم معهم ولا يدع زيارتهم يعنى يزورهم بحيث يأتى باب دارهم ويتعرف أخبارهم ويسلم عليهم ويكلمهم ولا يدخل اليهم ، ونقل المروذى عنه أكره المشى على العبارة [1] التى يجرى فيها الماء وذلك ، لأن العبارة وضعت لعبور الماء لا للمشىء عليها وربما كان المشى عليها يضر بها .

وقال أحمد : لا يدفن فى الأرض المغصوبة لما فى ذلك من التصرف فى أرضهم بغير إذنهم ، وقال أحمد : فيمن ابتاع طعاماً من موضع غصب ثم علم رجع الى الموضع الذى أخذه منه فرده .

وروى عنه أنه قال : يطرحه يعنى على من أبتاعه منه وذلك لأن قعوده فيه حرام منهى عنه فكان البيع فيه محرماً ولأن الشراء ممن يقعد فى الموضع المحرم يحملهم على القعود والبيع فيه وترك الشراء منهم يمنع القعود وقال : لا يبتاع من الخانات التى فى الطرق إلا أن لا يجد غيره كأنه بمنزلة المضطر ، وقال فى السلطان إذا بنى داراً وجمع الناس اليها أكره الشراء منها وهذا إن شاء الله تعالى على سبيل الورع لما فيه من الاعانه على الفعل المحرم والظاهر صحة البيع لأنه إذا صحت الصلاة فى الدار المغصوبة فى رواية وهى عبادة فما ليس بعبادة أولى .

وقال فيمن غصب ضيعة وغصبت من الغاصب فأراد الثانى ردها جمع بينهما يعنى بين مالكها والغاصب الأول وان مات بعضهم جمع ورثته إنما قال هذا احتياطا خوف التبعة من الغاصب الأول لأنه ربما طالب بها وادعاها ملكا باليد وإلا فالواجب ردها على مالكها .

وقد صرح بهذا فى رواية عبد الله فى رجل استودع رجلا ألفا فجاء رجل الى المستودع فقال إن فلانا غصبنى الألف الذى استودعكه وصح ذلك عند المستودع فإن لم يخف التبعة وهو أن يرجعوا به عليه دفعه اليه .

---

(١) بتشديد الباء .

«مسألة» قال ﴿ ومن غصب عبداً أو أمة وقيمته مائة فزاد فى بدنه أو بتعلم حتى صارت قيمته مائتين ثم نقص بنقصان بدنه أو نسيان ما علم حتى صارت قيمته مائة أخذه السيد وأخذ من الغاصب مائة ﴾

وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة ومالك لا يجب عليه عوض الزيادة الا أن يطالب بردها زائدة فلا يردها لأنه رد العين كما أخذها فلم يضمن نقص قيمتها كنقص سعرها .

ولنا أنها زيادة فى نفس المغصوب فلزم الغاصب ضمانها كما لو طالبه بردها فلم يفعل وفارق زيادة السعر فإنها لو كانت موجودة حال الغصب لم يضمنها والصناعة إن لم تكن من عين المغصوب فهى صفة فيه ولذلك يضمنها إذا طولب برد العين وهى موجودة فلم يردها وأجريناها هى والتعلم مجرى السمن الذى هو عين لأنها صفة تتبع العين وأجرينا الزيادة الحادثة فى يد الغاصب مجرى الزيادة الموجودة حال الغصب لأنها زيادة فى العين المملوكة للمغصوب منه فتكون مملوكة له أيضا لأنها تابعة للعين، فأما ان غصب العين سمينة أو ذات صناعة أو تعلم القرآن ونحوه فهزلت ونسيت فنقصت قيمتها فعليه ضمان نقصها لا نعلم فيه خلافا لأنها نقصت عن حال غصبها نقصا أثر فى قيمتها فوجب ضمانها كما لو أذهب عضواً من أعضائها

﴿ فصـــل ﴾

إذا غصبها وقيمتها مائة فسمنت فبلغت قيمتها ألفا ثم تعلمت صناعة فبلغت ألفين ثم هزلت ونسيت فعادت قيمتها الى مائة ردها ورد ألفا وتسعمائة وان بلغت بالسمن ألفا ثم هزلت فبلغت مائة ثم تعلمت فبلغت ألفا ثم نسيت فعادت الى مائة ردها ورد ألفا وثمانمائة لأنها نقصت بالهزال تسعمائة وبالنسيان تسعمائة .

وان سمنت فبلغت ألفا ثم هزلت فعادت الى مائة ثم تعلمت فعادت الى ألف ردها وتسعمائة لأن زوال الزيادة الأولى أوجب الضمان ثم حدثت زيادة أخرى من وجه آخر على ملك المغصوب منه فلا ينجبر ملك الإنسان بملكه، وأما إذا بلغت بالسمن ألفا ثم هزلت فعادت الى مائة ثم سمنت فعادت الى ألف ففيه وجهان أحدهما : يردها زائدة ويضمن نقص الزيادة الأولى كما لو كانا من جنسين

فإن ملك الانسان لا ينجبر بملكه لأن الزيادة الثانية غـــير الأولى فعلى هذا ان هزلت مرة ثانية فعادت إلى مائة ضمن النقصين بألف وثمانمائة .

والوجه الثاني . أنه إذا ردها سمينة فلا شيء عليه لانه عاد ما ذهب فأشبه ما لو مرضت فنقصت ثم عوفيت أو نسيت صناعة ثم تعلمتها أو أبق العبـــد ثم عاد ، وفارق ما إذا زادت من جهة أخرى فإنه لم يعد ما ذهب وهذا الوجه أقيس لما ذكرنا من شواهده ، فعلى هذا لو سمنت بعد الهزال ولم تبلغ قيمتها الى ما بلغت في السمن الأول أو زادت عليه ضمن أكثر الزيادتين وتدخل الاخرى فيها وعلى الوجه الاول يضمنهما جميعا فأما ان زادت بالتعليم أو الصناعة ثم نسيت ثم تعلمت مانسيته فعادت القيمة الأولى لم يضمن النقص الأول لأن العلم الثاني هو الاول فقد عاد ما ذهب وإن تعلمت علما آخر أو صناعة أخرى فهو كعود السمن فيه وجهان ذكر هذا القاضي وهو مذهب الشافعي ، وقال أبو الخطاب متى زادت ثم نقصت ثم زادت مثل الزيادة الأولى ففي ذلك وجهان ســواء كانا من جنس كالسمن مرتين أو من جنسين كالسمن والتعلم والاول أولى .

﴿ فصـــل ﴾

وإن مرض المغصوب ثم برأ أو ابيضت عينه ثم ذهب بياضها أو غصب جاريه حسناء فسمنت سمنا نقصها ثم خف سمنها فعاد حسنها وقيمتها ردها ولا ضمان عليه لانه لم يذهب ماله قيمة والعيب الذي أوجب الضمان زال في يديه :

وكذلك لو حملت فنقصت ثم وضعت فزال نقصها لم يضمن شيئا فإن رد المغصوب ناقصا بمرض أو عيب أو سمن مفرط أو حمل فعليه أرش نقصه فإن زال عيبه في يدي مالكه لم يلزمه رد ما أخذ من أرشه لانه استقر ضمانه برد المغصوب ، وكذلك إن أخذ المغصوب دون أرشه ثم زال العيب قبل أخذ أرشه لم يسقط ضمانه لذلك .

(فصل) زوائد الغصب في يد الغاصب مضمونه ضمان الغصب مثل السمن وتعلم الصناعة وغـــيرها وثمرة الشجرة وولد الحيوان متى تلف شيء منه في يد الغاصب ضمنه سواء تلف منفرداً أو تلف مع أصله ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك لا يجب ضمان زوائد الغصب إلا أن يطالب بها فيمتنع

من أدائها لأنها غير مغصوبة فلا يجب ضمانها كالوديعة ، ودليل عدم الغصب أنه فعل محرم وثبوت يده على هذه الزوائد ليس من فعله لأنه انبنى على وجود الزوائد في يده ووجودها ليس بفعل محرم منه .

ولنا أنه مال المغصوب منه حصل في يده بالغصب فيضمنه بالتلف كالأصل وقولهم إن إثبات يده ليس من فعله لا يصح لأنه بإمساك الأم تسبب إلى إثبات يده على هذه الزوائد وإثبات يده على الأم محظور .

(فصل) وليس على الغاصب ضمان نقص القيمة الحاصل بتغير الأسعار نص عليه أحمد ، وهو قول جمهور العلماء ، وحكي عن أبي ثور أنه يضمنه لأنه يضمنه إذا تلفت العين فيلزمه إذا ردها كالسمن .

ولنا أنه رد العين بحالها لم ينقص منها عين ولا صفة فلم يلزمه شيء كما لو لم تنقص ولا نسلم أنه يضمنها مع تلف العين ، وإن سلمنا فلأنه وجبت قيمة العين أكثر ما كانت قيمتها فدخلت في التقويم ، بخلاف ما إذا ردها فإن القيمة لا تجب ويخالف السمن فإنه من عين المغصوب والعلم بالصناعة صفة فيها ، وههنا لم تذهب عين ولا صفة ولأنه لا حق للمغصوب منه في القيمة مع بقاء العين وإنما حقه في العين ، وهي باقية كلها كما كانت ، ولأن الغاصب يضمن ما غصب والقيمة لا تدخل في الغصب بخلاف زيادة العين فانها مغصوبة وقد ذهبت .

(فصل) ولو غصب شيئا فشقه نصفين وكان ثوبا ينقصه القطع رده وأرش نقصه فإن تلف أحد النصفين رد الباقي وقيمة التالف وأرش النقص وإن لم ينقصه القطع رد الباقي وقيمة التالف لا غير ، وإن كانا باقيين ردهما ولا شيء عليه سوى ذلك وإن غصب شيئين ينقصهما التفريق كزوجي خف ومصراعي باب فتلف أحدهما رد الباقي وقيمة التالف وأرش نقصها فإذا كانت قيمتهما ستة دراهم فتلف أحدهما فصارت قيمة الباقي درهمين رد الباقي وأربعة دراهم ، وفيه وجه آخر لا يلزمه إلا قيمة التالف مع رد الباقي وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، لأنه لم يتلف غيره ، ولأن نقص الباقي نقص قيمة ، فلا يضمنه كالنقص بتغير الأسعار ؛ والصحيح الأول لأنه نقص حصل بجنايته فلزمه ضمانه كشق الثوب الذي ينقصه الشق إذا تلف أحد شقيه بخلاف نقص السعر فإنه لم يذهب

من المغصوب عين ولا معنى وههنا فوت معنى وهو إمكان الانتفاع به وهذا هو الموجب لنقص قيمته وهو حاصل من جهة الغاصب فينبغي أن يضمنه ، كما لو فوت بصره أو سمعه أو عقله أو فك تركيب باب ونحوه .

(فصل) وإن غصب ثوبا فلبسه فأبلاه فنقص نصف قيمته ثم غلت الثياب فعادت لذلك قيمته كما كانت لزمه رده وأرش نقصه ، فلو غصب ثوبا قيمته عشرة فنقصه لبسه حتى صارت قيمته خمسة ثم زادت قيمته فصارت عشرة رده ورد خمسة لان ما تلف قبل غلاء الثوب ثبتت قيمته فى الذمة خمسة ، فلا يعتبر ذلك بغلاء الثوب ولا رخصه ، وكذلك لو رخصت الثياب فصارت قيمتها ثلاثة لم يلزم الغاصب إلا خمسة مع رد الثوب ولو تلف الثوب كله وقيمته عشرة ثم غلت الثياب فصارت قيمة الثوب عشرين لم يضمن إلا عشرة لانها ثبتت فى الذمة عشرة فلا تزداد بغلاء الثياب ولا تنقص برخصها .

(فصل) وإن غصب ثوبا أو زوليا فذهب بعض أجزائه كخمل المنشفة وزئبرة الثوب فعليه أرش نقصه وان أقام عنده مدة لمثلها أجرة لزمه أجره سواء استعمله أو تركه ، وان اجتمعا مثل أن أقام عنده مدة فذهب بعض أجزائه فعليه ضمانها معا: الاجر وأرش النقص سواء كان ذهاب الاجزاء بالاستعمال أو بغيره ، وقال بعض أصحاب الشافعي ان نقص بغير الاستعمال كثوب ينقصه النشر فنقص بنشره وبقي عنده مدة ضمن الاجر والنقص ، وان كان النقص من جهة الاستعمال كثوب لبسه وأبلاه ففيه وجهان ، أحدهما : يضمنهما معاً ، والثاني . يجب أكثر الامرين من الاجر وأرش النقص لان ما نقص من الاجزاء فى مقابلة الاجر ولذلك لا يضمن المستأجر تلك الاجزاء ويتخرج لنا مثل ذلك

ولنا أن كل واحد منهما ينفرد بالإيجاب عن صاحبه فإذا اجتمعا وجبا كما لو أقام فى يده مدة ثم تلف والاجرة تجب فى مقابلة ما يفوت من المنافع لا فى مقابلة الاجزاء ولذلك يجب الاجر وإن لم تفت الاجزاء وإن لم يكن للمغصوب أجر كثوب غير مخيط فلا أجر على الغاصب وعليه ضمان نقصه لا غير .

(فصل) واذا نقص المغصوب عند الغاصب ثم باعه فتلف عند المشترى فله

أن يضمّن من شاء منها فإن ضمن الغاصب ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين الغصب الى حين التلف لانه فى ضمانه من حين غصبه الى يوم تلف وان ضمن المشترى ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين قبضه الى حين تلفه لان ما قبل القبض لم يدخل فى ضمانه ، وان كان له أجرة فله الرجوع على الغاصب بجميعها وان شاء رجع على المشترى بأجر مقامه فى يده وبالباقى على الغاصب والكلام فى رجوع كل واحد منها على صاحبه نذكره فيما بعد ان شاء الله تعالى .

(فصل) واذا غصب حنطة فطحنها أو شاة فذبحها وشواها أو حديدا فعمله سكاكين وأوانى أو خشبة فنجرها بابا أو تابوتاً ، أو ثوبا فقطعه وخاطه لم يزل ملك صاحبه عنه ويأخذه وأرش نقصه ان نقص ولا شىء للغاصب فى زيادته فى الصحيح من المذهب وهذا قول الشافعى وقال أبو حنيفة فى هذه المسائل كلها ينقطع حق صاحبها عنها الا أن الغاصب لا يجوز له التصرف فيها الا بالصدقة الا أن يدفع قيمتها فيملكها ويتصرف فيها كيف شاء ، وروى محمد بن الحكم عن أحمد ما يدل على أن الغاصب يملكها بالقيمة الا أنه قول قديم رجع عنه فان محمداً مات قبل أبى عبد الله بنحو من عشرين سنة ، واحتجوا بما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم « زار قوما من الانصار فى دارهم فقدموا اليه شاة مشوية فتناول منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها فقال : ان هذه الشاة لتخبرنى أنها أخذت بغير حق فقالوا نعم يا رسول الله طلبنا فى السوق فلم نجد فأخذنا شاة لبعض الانصار جيراننا ونحن نرضيهم من ثمنها فقال النبى صلى الله عليه وسلم : أطعموها الاسرى » رواه أبو داود بنحو من هذا وهذا يدل على أن حق أصحابها انقطع عنها لولا ذلك لأمر بردها عليهم .

ولنا أن عين مال المغصوب منه قائمة فلزم ردها اليه كما لو ذبح الشاة ولم يشوها : ولانه لو فعله بملكه لم يزل عنه فاذا فعله بملك غيره لم يزل عنه كما لو ذبح الشاة أو ضرب النقرة دراهم . ولانه لا يزيل الملك اذا كان بغير فعل آدمى فلم يزله اذا فعله آدمى كالذى ذكرناه فأما الخبر فليس بمعروف كما رووه ، وليس فى رواية أبى داود « ونحن نرضيهم عنها » .

فاذا ثبت هذا فانه لا شىء للغاصب بعمله سواء زادت العين أو لم تزد ، وهذا

مذهب الشافعى وذكر أبو الخطاب : أن الغاصب يشارك المالك بالزيادة لأنها حصلت بمنافعه ، ومنافعه أجريت مجرى الأعيان فأشبه ما لو غصب ثوباً فصبغه والمذهب الأول ذكره أبو بكر والقاضى ، لأن الغاصب عمل فى ملك غيره بغير إذنه فلم يستحق لذلك عوضاً كما لو أغلى زيتا فزادت قيمته أو بنى حائطا لغيره أو زرع حنطة انسان فى أرضه وسائر عمل الغاصب ، فأما صبغ الثوب فإن الصبغ عين مال لا يزول ملك صاحبه عنه بجعله مع ملك غيره وهذا حجة عليه لأنه إذا لم يزل ملكه عن صبغه بجعله فى ملك غيره وجعله كالصفة فلأن لا يزول ملك غيره بعمله فيه أولى فإن احتج بأن من زرع فى أرض غيره يرد عليه نفقته قلنا الزرع ملك للغاصب لأنه عين ماله ونفقته عليه تزداد به قيمته فإذا أخذه مالك الأرض احتسب له بما أنفق على ملكه ، وفى مسألتنا عمله فى ملك المغصوب منه بغير إذنه فكان لاغيا على أننا نقول إنما تجب قيمة الزرع على احدى الروايتين ، فأما إن نقصت العين دون القيمة رد الموجود وقيمة النقص وإن نقصت العين والقيمة ضمنهما معا كالزيت اذا غلاه .

وهكذا القول فى كل ما تصرف فيه مثل نقرة ضربها دراهم أو حليا أو طينا جعله لبنا أو غزلا نسجه أو ثوبا قصره ، وان جعل فيه شيئا من عين ماله مثل أن سمر الرفوف بمسامير من عنده فله قلعها ويضمن ما نقصت الرفوف وان كانت المسامير من الخشبة المغصوبة أو مال المغصوب منه فلا شىء للغاصب وليس له قلعها الا أن يأمره المالك بذلك فيلزمه وان كانت المسامير للغاصب فوهبها للمالك فهل يجبر على قبول الهبة ؟ على وجهين .

وان استأجر الغاصب على عمل شىء من هذا الذى ذكرناه فالأجر عليه ، والحكم فى زيادته ونقصه كما لو ولى ذلك بنفسه الا أن للمالك أن يضمن النقص من شاء منهما فلو استأجر قصابا فذبح شاة فللمالك أخذها وأرش نقصها ويغرم من شاء منهما فإن غرم الغاصب لم يرجع على أحد اذا لم يعلم القصاب الحال وان ضمن القصاب رجع على الغاصب لأنه غره وان علم القصاب أنها مغصوبة فغرمه لم يرجع على أحد لأنه أتلف مال غيره بغير اذنه عالما بالحال ، وان ضمن الغاصب

رجع على القصاب لأن التلف حصل منه فاستقر الضمان عليه ، وان استعار من ذبح له فهو كما لو استأجره .

(فصل) وان غصب حبا فزرعه فصار زرعا أو نوى فصار شجراً أو بيضا فحضنه فصار فرخا فهو المغصوب منه لانه عين ماله نمى فأشبه ما تقدم ، ويتخرج أن يملكه الغاصب بناء على الرواية المذكورة فى الفصل السابق ، وان غصب دجاجة فباضت عنده ثم حضنت بيضها فصار فراخا فهم لمالكها ولا شيء للغاصب فى علفها ، قال أحمد فى طيرة جاءت الى دار قوم فأفرخت عندهم : يرد فروخها الى أصحاب الطيرة ولا شيء للغاصب فيما عمل ، وان غصب شاة فأنزى عليها فحلا فالولد لصاحب الشاة لانه من نمائها وان غصب فحلا فأنزاه على شاته فالولد لصاحب الشاة لانه يتبع الام ولا أجرة له لان النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن عسب الفحل » وان نقصه الضراب ضمن نقصه .

(فصل) وان غصب دنانير أو دراهم من رجل وخلطها بمثلها لآخر فلم يتميزا صارا شريكين ، وقال أبو حنيفة يملكها الغاصب وعليه غرامة مثلها لهما وان خلطها بمثلها من ماله ملكها لانه تعذر تسليمها بعينها فأشبه ما لو تلفت .

ولنا أنه فعل فى المغصوب على وجه التعدى لم يذهب بماليته فلم يزل ملك صاحبه عنه كذبح الشاة .

(فصل) وان غصب عبداً فصاد صيداً أو كسب شيئا فهو لسيده وان غصب جارحا كالفهد والبازى فصاد به فالصيد لمالكه لانه من كسب ماله فأشبه صيد العبد ويحتمل أنه للغاصب لانه الصائد والجارحة آلة له ، ولهذا يكتفى بتسميته عند ارساله الجارح ، وان غصب قوسا أو سهما أو شبكة فصاد به ففيه وجهان .

أحدهما : أنه لصاحب القوس والسهم والشبكة لانه حاصل به فأشبه نماء ملكه وكسب عبده . والثانى : للغاصب لان الصيد حصل بفعله وهذه آلات فأشبه ما لو ذبح بسكين غيره فان قلنا : هو للغاصب فعليه أجر ذلك كله مدة مقامه فى يديه ان كان له أجر ، وان قلنا : هو المالك لم يكن له أجر فى مدة اصطياده فى أحد الوجهين لان الاجر فى مقابلة منافعه ومنافعه فى هذه المدة عائدة الى مالكه فلم يستحق عوضها على غيره كما لو زرع أرض انسان فأخذ المالك الزرع بنفقته

والثانى عليه أجر مثله لأنه استوفى منافعه أشبه ما لو لم يصد شيئا .

« مسألة » قال (ومن غصب جارية فوطئها وأولدها لزمه الحد . وأخذها سيدها وأولادها ومهر مثلها)

وجملة ذلك أن الغاصب إذا وطىء الجارية المغصوبة فهو زان لانها ليست زوجة له ولا ملك يمين فإن كان عالما بالتحريم فعليه حد الزنا لانه لا ملك له ولا شبهة ملك وعليه مهر مثلها سواء كانت مكرهة أو مطاوعة ، وقال الشافعي لا مهر للمطاوعة لان النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن مهر البغى » .

ولنا أن هذا حق للسيد فلا يسقط بمطاوعتها كما لو أذنت فى قطع يدها . ولانه حق يجب للسيد مع إكراهها فيجب مع مطاوعتها كأجر منافعها والخبر محمول على الحرة ، ويجب أرش بكارتها لانه بدل جزء منها ويحتمل أن لا يجب لان مهر البكر يدخل فيه أرش البكارة ، ولهذا يزيد على مهر الثيب عادة لأجل ما يتضمنه من تفويت البكارة ، وان حملت فالولد مملوك لسيدها لانه من نمائها وأجزائها ولا يلحق نسبه بالواطىء لانه من زنا فإن وضعته حيا وجب رده معها وان أسقطته ميتا لم يضمن لاننا لا نعلم حياته قبل هذا (1) [هذا قول القاضى وهو الظاهر من مذهب الشافعي عند أصحابه ، وقال القاضى أبو الحسين يجب ضمانه بقيمته لو كان حيا نص عليه الشافعي لانه يضمنه لو سقط بضربته وما ضمن بالاتلاف ضمنه الغاصب بالتلف فى يده كأجر العين والاولى ان شاء الله تعالى أن يضمنه بعشر قيمة أمه لانه الذى يضمنه به بالجناية فيضمنه به فى التلف كالاجزاء ، وان وضعته حيا] حصل مضمونا فى يد الغاصب كالام فان مات بعد ذلك ضمنه بقيمته وان نقصت الام بالولادة ضمن نقصها ولم ينجبر بالولد ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ينجبر نقصها بولدها ،

ولنا أن ولدها ملك المغصوب منه فلا ينجبر به نقص حصل بجناية الغاصب كالنقص الحاصل بغير الولادة ، وان ضرب الغاصب بطنها فألقت الجنين ميتا فعليه عشر قيمة أمه ؛ وان ضرب بطنها أجنبى ففيه مثل ذلك ، وللمالك تضمين أيهما شاء فان ضمن الغاصب رجع على الضارب وان ضمن الضارب لم يرجع على

---

(1) من هنا الى قوله : وان وضعته حيا — زيادة من بعض النسخ .

أحد لأن الاتلاف وجد منه فاستقر الضمان عليه ، وان ماتت الجارية فعليه قيمتها أكثر ما كانت . ويدخل فى ذلك أرش بكارتها ونقص ولادتها ، ولا يدخل فيه ضمان ولدها ولا مهرمثلها ، وسواء فى هذه الأحكام كلها حالة الاكراه أو المطاوعة لأنها حقوق لسيدها فلا تسقط بمطاوعتها . وأما حقوق الله تعالى كالحد عليها والتعزير فى موضع يجب فإن كانت مطاوعة على الوطء عالمة بالتحريم فعليها الحد اذا كانت من أهله والاثم والا فلا

(فصل) وان كان الغاصب جاهلا بتحريم ذلك لقرب عهده بالاسلام أو ناشئاً ببادية بعيدة يخفى عليه مثل هذا فاعتقد حل وطئها أو اعتقد أنها جاريته فأخذها ثم تبين أنها غيرها فلا حد عليه لأن الحد يدرأ بالشبهات وعليه المهر وأرش البكارة وان حملت فالولد حر لاعتقاده أنها ملكه ويلحقه النسب لموضع الشبهة وان وضعته ميتا لم يضمنه لأنه لم يعلم حياته ولانه لم يحل بينه وبينه وانما وجب تقويمه لأجل الحيلوله ، وإن وضعته حياً فعليه قيمته يوم انفصاله لأنه فوت عليه رقه باعتقاده ولا يمكن تقويمه حملا فقوم عليه أول حال انفصاله لأنه أول حال إمكان تقويمه ، ولأن ذلك وقت الحيلولة بينه وبين سيده

وإن ضرب الغاصب بطنها فألقت جنيناً ميتا فعليه غرة عبد أو أمة قيمتها خمس من الإبل موروثة عنه لا يرث الضارب منها شيئا ، لأنه أتلف جنينا حراً وعليه للسيد عشر قيمة أمه ، لأن الإسقاط لما اعتقب الضرب فالظاهر حصوله به وضمانه للسيد ضمان المماليك ، ولهذا لو وضعته حياًقومناه مملوكا ، وان كان الضارب أجنبيا فعليه غرة دية الجنين الحر لانه محكوم بحريته وتكون موروثة عنه وعلى الغاصب للسيد عشر قيمة أمه لأنه يضمنه ضمان المماليك وقد فوت رقه على السيد وحصل التلف فى يديه ، والحكم فى المهر والارش والاجر ونقص الولادة وقيمتها على ما مضى إذا كانا عالمين ، لأن هذه حقوق الآدميين فلا تسقط بالجهل والخطأ كالدية .

« مسألة » قال (وان كان الغاصب باعها فوطئها المشترى وأولدها وهو لا يعلم ردت الجارية إلى سيدها ومهر مثلها ، وفدى أولاده بمثلهم وهم أحرار ، ورجع بذلك كله على الغاصب)

وجملة ذلك : أن الغاصب اذا باع الجارية فبيعه فاسد لانه يبيع مال غيره بغير اذنه . وفيه رواية أخرى أنه يصح ويقف على اجازة المالك ، وقد ذكرنا ذلك فى البيع ، وفيه رواية ثالثه : ان البيع يصح وينفذ لان الغصب فى الظاهر تتطاول مدته فلو لم يصح تصرف الغاصب أفضى الى الضرر بالمالك والمشترى لان المالك لايملك ثمنها والمشترى لايملكها ، والتفريع على الروايه الاولى والحكم فى وطء المشترى كالحكم فى وطء الغاصب الا أن المشترى اذا ادعى الجهالة قبل منه بخلاف الغاصب فإنه لا يقبل منه الا بشرط ذكرناه،ويجب رد الجارية الى سيدها وللمالك مطالبة أيهما شاء بردها لان الغاصب أخذها بغير حق ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » وللمشترى أخذ مال غيره بغير حق أيضا فيدخل فى عموم الخبر ، ولأن مال غيره فى يده : وهذا لا خلاف فيه بحمد الله تعالى ، ويلزم المشترى المهر لأنه وطىء جارية غيره بغير نكاح وعليه أرش البكارة ونقص الولادة ، وإن ولدت منه فالولد حر لاعتقاده انه يطأ مملوكته ، فمنع ذلك انخلاق الولد رقيقا ويلحقه نسبه وعليه فداؤهم لانه فوت رقهم على سيدهم باعتقاده حل الوطء ، هذا الصحيح فى المذهب وعليه الاصحاب

وقد نقل ابن منصور عن أحمد أن المشترى لا يلزمه فداء أولاده وليس للسيد بدلهم لانهم كانوا فى حال العلوق أحراراً ولم يكن لهم قيمة حينئذ

قال الخلال : أحسبه قولا لابى عبد الله أول ، والذى أذهب اليه أنه يفديهم ، وقد نقله ابن منصور أيضا وجعفر بن محمد ، وهو قول أبى حنيفة والشافعى ويفديهم ببدلهم يوم الوضع . وبهذا قال الشافعى

وقال أبو حنيفة : يجب يوم المطالبة ، لان ولد المغصوبه لا يضمنه عنده إلا بالمنع ، وقبل المطالبة لم يحصل منع فلم يجب . وقد ذكرنا فيما مضى أنه يحدث مضمونا فيقوم يوم وضعه ، لانه أول حال أمكن تقويمه . واختلف أصحابنا فيما يفديهم به ؛ فنقل الخرقى ههنا أن يفديهم بمثلهم ، والظاهر أنه أراد بمثلهم فى السن والصفات والجنس والذكوريه والانوثيه ، وقد نص عليه أحمد

وقال أبو بكر عبد العزيز : يفديهم بمثلهم فى القيمة . وعن أحمد رواية ثالثة

أنه يفديهم بقيمتهم ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي ، وهو أصح ان شاء الله تعالى لان الحيوان ليس بمثلي فيضمن بقيمته كسائر المتقومات ، ولانه لو أتلفه ضمنه بقيمته . وقد ذكرنا وجه هذه الاقوال في غيرهذا الموضع . وقول الخرقي « رجع بذلك كله على الغاصب » يعني بالمهر وما فدى به الاولاد ، لأن المشتري دخل على أن يسلم له الاولاد وأن يتمكن من الوطء بغير عوض : فإذا لم يسلم له ذلك فقد غره البائع فرجع به عليه . فأما الجاريه اذا ردها لم يرجع ببدلها لانها ملك المغصوب منه رجعت اليه ، لكنه يرجع على الغاصب بالثمن الذي أخذه منه . وإن كانت قد أقامت عنده مدة لمثلها أجر في تلك المدة فعليه أجرها ، وان اغتصبها بكراً فعليه أرش بكارتها ، وان نقصتها الولادة أو غيرها فعليه أرش نقصها ، وان تلفت في يده فعليه قيمتها

وكل ضمان يجب على المشتري فللمغصوب منه أن يرجع به على من شاء منهما لان يد الغاصب سبب يد المشتري ، وما وجب على الغاصب من أجر المدة التي كانت في يده أو نقص حدث عنده ، فإنه يرجع به على الغاصب وحده ، لان ذلك كان قبل يد المشتري ، فإذا طالب المالك المشتري بما وجب في يده وأخذه منه فأراد المشتري الرجوع به على الغاصب نظرت ، فإن كان المشتري حين الشراء علم أنها غير مغصوبة لم يرجع بشيء ، لأن موجب الضمان وجد في يده من غير تغرير ، وان لم يعلم فذلك على ثلاثة أضرب : ضرب لا يرجع به وهو قيمتها ان تلفت في يده وأرش بكارتها وبدل جزء من أجزائها ، لانه دخل مع البائع على أنه يكون ضامنا لذلك بالثمن ، فإذا ضمنه لم يرجع به ، وضرب يرجع به ، وهو بدل الولد إذا ولدت منه ، لانه دخل معه في العقد على أن لا يكون الولد مضمونا عليه ولم يحصل من جهته إتلاف ، وإنما الشرع أتلفه بحكم بيع الغاصب منه ، وكذلك نقص الولادة ، وضرب اختلف فيه وهو مهر مثلها وأجر نفعها ، فهل يرجع به على الغاصب ؟ فيه روايتان

إحداهما : يرجع به وهو قول الخرقي . لانه دخل في العقد على أن يتلفه بغير عوض . فإذا غرم عوضه رجع به كبدل الولد ونقص الولادة ، وهذا أحد قولي الشافعي .

والثانية . لا يرجع به وهو اختيار أبي بكر وقول أبي حنيفه . لانه غرم مااستوفى بدله فلا يرجع به كقيمة الجارية وبدل أجزائها وهذا القول الثانى للشافعى ، وان رجع بذلك كله على الغاصب فكل ما لو رجع به على المشترى لايرجع به على الغاصب إذا رجع به على الغاصب رجع به الغاصب على المشترى . وكل مالو رجع به على المشترى رجع به المشترى على الغاصب إذا غرمه الغاصب لم يرجع به على المشترى ، ومتى ردها حاملا فماتت من الوضع فإنها مضمونه على الواطىء لان التلف بسبب من جهته .

(فصل) ومن استكره امرأة على الزنا فعليه الحد دونها لانها معذورة وعليه مهرها حرة كانت أو أمة . فإن كانت حرة كان المهر لها وإن كانت أمة كان لسيدها . وبه قال مالك والشافعى . وقال أبو حنيفه : لا يجب المهر لانه وطء يتعلق به وجوب الحد فلم يجب به المهر كما لو طاوعته .

ولنا أنه وطء فى غير ملك سقط فيه الحد من الموطوءة فإذا كان الواطىء من أهل الضمان فى حقها وجب عليه مهرها كما لو وطئها بشبهة ، وأما المطاوعه فإن كانت أمة وجب مهرها لانه حق لسيدها فلا يسقط برضاها . وان كانت حرة لم يجب لها المهر لان رضاها اقترن بالسبب الموجب فلم يوجب كما لو أذنته فى قطع يدها أو إتلاف جزء منها

وروى عن أحمد رواية أخرى أن الثيب لا مهر لها وان أكرهت . نقلها ابن منصور وهو اختيار أبي بكر ، والصحيح الاول لانها مكرهه على الوطء الحرام فوجب لها المهر كالبكر ، ويجب أرش البكارة مع المهر كما قدمنا

(فصــــل)

اذا أجر الغاصب المغصوب فالإجارة باطلة على احدى الروايات كالبيع وللمالك تضمين أيهما شاء أجر مثلها فإن ضمن المستأجر لم يرجع بذلك لانه دخل فى العقد على أنه يضمن المنفعه الا ان يزيد أجر المثل على المسمى فى العقد فيرجع بالزيادة ويسقط عنه المسمى فى العقد ، وان كان دفعه الى الغاصب رجع به ، وان تلفت العين فى يد المستأجر فلمالكها تضريم من شاء منهما قيمتها . فإن غرم المستأجر فله الرجوع بذلك على الغاصب لانه دخل معه على أنه لا يضمن العين

ولم يحصل له بدل فى مقابلة ماغرم ، هذا اذا لم يعلم بالغصب وان علم لم يرجع على أحد لانه دخل على بصيرة وحصل التلف في يده فاستقر الضمان عليه ، فإن غرم الغاصب الاجر والقيمة رجع بالأجر على المستأجر على كل حال ويرجع بالقيمة ان كان المستأجر عالما بالغصب وإلا فلا ، وهذا قول الشافعى ومحمد بن الحسن فى الفصل كله . وحكى عن أبي حنيفة أن الأجر للغاصب دون صاحب الدار ، وهذا فاسد لأن الأجر عوض المنافع المملوكة لرب الدار فلم يملكها الغاصب كعوض الاجزاء .

(فصل)

وان أودع المغصوب أو وكل رجلا فى بيعه ودفعه اليه فتلف فى يده فللمالك تضمين أيهما شاء . أما الغاصب فلأنه حال بين المالك وبين ملكه وأثبت اليد العادية عليه والمستودع والوكيل لإثباتهما أيديهما على ملك معصوم بغير حق : فإن غرم الغاصب وكانا غير عالمين بالغصب استقر الضمان عليه ولم يرجع على أحد وان غرمهما رجعا على الغاصب بما غرما من القيمه والاجر ، لانهما دخلا على أن لايضمنا شيئا من ذلك ولم يحصل لهما بدل عما ضمنا ، وان علم أنها مغصوبة استقر الضمان لان التلف حصل تحت أيديهما من غير تغرير بهما فاستقر الضمان عليهما فإن غرما شيئا لم يرجعا به ، وان غرم الغاصب رجع عليهما لان التلف حصل فى أيديهما ، وان جرحها الغاصب ثم أودعها أو ردها الى مالكها فتلفت بالجرح استقر الضمان على الغاصب بكل حال لانه هو المتلف فكان الضمان عليه كما لو باشرها بالإتلاف فى يده .

(فصل) وان أعار العين المغصوبه فتلفت عند المستعير فللمالك تضمين أيهما شاء أجرها وقيمتها فإن غرم المستعير مع علمه بالغصب لم يرجع على أحد ، وان غرم الغاصب رجع على المستعير ، وان لم يكن علم بالغصب فغرمه لم يرجع بقيمة العين لأنه قبضها على أن تكون مضمونة عليه ، وهل يرجع بما غرم من الاجر ؟ فيه وجهان

أحدهما يرجع لانه دخل على أن المنافع له غير مضمونة عليه

والثاني : لا يرجع لانه انتفع بها فقد استوفى بدل ما غرم ، وكذلك الحكم فيما تلف من الاجزاء بالاستعمال ، واذا كانت العين وقت القبض أكثر قيمة من يوم التلف فضمن الاكثر فينبغي أن يرجع بما بين القيمتين لانه دخل على أنه لا يضمنه ولم يستوف بدله فإن ردها المستعير على الغاصب فللمالك أن يضمنه أيضا لانه فوت الملك على مالكه بتسليمه الى غير مستحقه : ويستقر الضمان على الغاصب ان حصل التلف فى يديه وكذلك الحكم فى المودع وغيره .

(فصل) وان وهب المغصوب لعالم بالغصب استقر الضمان على المتهب ، فمهما غرم من قيمة العين أو أجزائها لم يرجع به على أحد لان التلف حصل فى يديه ولم يغره أحد . وكذلك أجر مدة مقامه فى يديه وأرش نقص ان حصل ، وان لم يعلم فلصاحبها تضمين أيهما شاء فإن ضمن المتهب رجع على الواهب بقيمة العين والاجزاء لانه غره ، وقال أبو حنيفة : أيهما ضمن لم يرجع على الآخر .

ولنا أن المتهب دخل على أن تسلم له العين فيجب أن يرجع بما غرم من قيمتها كقيمة الاولاد فإنه وافقنا على الرجوع بضمانه ، فأما الاجرة والمهر وأرش البكارة فهل يرجع به المتهب على الواهب ؟ فيه وجهان ، وان ضمنه الواهب فهل يرجع به على المتهب ؟ فيه وجهان .

(فصل) وتصرفات الغاصب كتصرفات الفضولي على ما ذكرنا من الروايتين احداهما : بطلانها .

والثانية . صحتها ووقوفها على اجازة المالك ، وذكر أبو الخطاب أن فى تصرفات الغاصب الحكمية رواية أنها تقع صحيحة وسواء فى ذلك العبادات كالطهارة والصلاة والزكاة والحج أو العقود كالبيع والاجارة والنكاح ، وهذا ينبغي أن يتقيد فى العقود بما لم يبطله المالك ، فأما ما اختار المالك ابطاله وأخذ المعقود عليه فلم نعلم فيه خلافا ، وأما ما لم يدركه المالك فوجه التصحيح فيه : ان الغاصب تطول مدته وتكثر تصرفاته فى القضاء ببطلانها ضرر كثير وربما عاد الضرر على المالك فإن الحكم بصحتها يقتضي كون الربح للمالك والعوض بنمائه وزيادته له والحكم ببطلانه يمنع ذلك

(فصل) واذا غصب أثمانا فاتجر بها أو عروضا فباعها واتجر بثمنها فقال أصحابنا : الربح للمالك والسلع المشتراة له ، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب :

ان كان الشراء بعين المال فالربح للمالك ، قال الشريف وعن أحمد : أنه يتصدق به ، وان اشترى فى ذمته ثم نقد الاثمان فقال أبو الخطاب : يحتمل أن يكون الربح للغاصب وهو قول أبى حنيفة والشافعى فى أحد قوليه لانه اشترى لنفسه فى ذمته فكان الشراء له والربح له وعليه بدل المغصوب ، وهذا قياس قول الخرقى ويحتمل أن يكون الربح للمغصوب منه لانه نماء ملكه فكان له كما لو اشترى بعين المال وهذا هو ظاهر المذهب ، وان حصل خسران فهو على الغاصب لانه نقص حصل فى المغصوب ، وان دفع المال الى من يضارب به فالحكم فى الربح على ما ذكرنا ، وليس على المالك من أجر العامل شىء لانه لم يأذن له فى العمل فى ماله ، وأما الغاصب فإن كان المضارب عالماً بالغصب فلا أجر له لانه متعد بالعمل ولم يغره أحد ، وان لم يعلم بالغصب فعلى الغاصب أجر مثله لانه استعمله عملا بعوض لم يحصل له فلزمه أجره كالعقد الفاسد .

« مسألة » قال ﴿ ومن غصب شيئا ولم يقدر على رده لزمت الغاصب القيمة فان قدر عليه رده وأخذ القيمة ﴾

وجملته أن من غصب شيئا يعجز عن رده كعبد أبق أو دابة شردت فللمغصوب منه المطالبة ببدله فاذا أخذه ملكه ولم يملك الغاصب العين المغصوبة بل متى قدر عليها لزمه ردها ويسترد قيمتها التى أداها ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة ومالك : يخير المالك بين الصبر الى امكان ردها فيستردها وبين تضمينه اياها فيزول ملكه عنها وتصير ملكا للغاصب لا يلزمه ردها الا أن يكون دفع دون قيمتها بقوله مع يمينه لان المالك ملك البدل فلا يبقى ملكه على المبدل كالبيع ولانه تضمين فيما ينقل الملك فيه فنقله كما لو خلط زيته بزيته .

ولنا أن المغصوب لا يصح تملكه بالبيع فلا يصح بالتضمين كالتالف ولانه غرم ما تعذر عليه رده بخروجه عن يده فلا يملكه بذلك كما لو كان المغصوب مدبراً وليس هذا جمعا بين البدل والمبدل لانه ملك القيمة لأجل الحيلولة لا على سبيل العوض ، ولهذا اذا رد المغصوب اليه رد القيمة عليه ولا يشبه الزيت لانه يجوز بيعه ، ولان حق صاحبه انقطع عنه لتعذر رده أبداً .

إذا ثبت هذا فإنه متى قدر على المغصوب رده ونماءه المنفصل والمتصل وأجر مثله إلى حين دفع بدله ، وهل يلزمه أجره من حين دفع بدله إلى رده ؟ فيه وجهان أصحهما لا يلزمه ، لأنه استحق الانتفاع ببدله الذى أقيم مقامه فلم يستحق الإنتفاع به وبما قام مقامه كسائر ما عداه .

والثانى : له أجر لأن العين باقية على ملكه والمنفعة له ويجب على المالك رد ما أخذه بدلا عنه إلى الغاصب لأنه أخذه بالحيلولة وقد زالت فيجب رد ما أخذ من أجلها ان كانت باقياً بعينه ورد زيادته المتصلة كالسمن ونحوه لأنها تتبع فى الفسوخ وهذا فسخ ولا يلزم رد زيادته المنفصلة لأنها وجدت فى ملكه ولا تتبع فى الفسوخ فأشبهت زيادة المبيع المردود بعيب وان كان البدل تالفا رد مثله أو قيمته وان لم يكن من ذوات الأمثال .

فصل

وان غصب عصيراً فصار خمراً فعليه مثل العصير لأنه تلف فى يديه ، فإن صار خلا وجب رده وما نقص من قيمة العصير ويسترجع ما أداه من بدله : وقال بعض أصحاب الشافعى يرد الخل ولا يسترجع القيمة لان العصير تلف بتخمره فوجب ضمانه ، وان عاد خلا كما لو هزلت الجارية السمينة ثم عاد سمنها فإنه يردها وأرش نقصها .

ولنا أن الخل عين العصير تغيرت صفته وقد رده فكان له استرجاع ما أداه بدلا عنه كما لو غصبه فغصبه منه غاصب ثم رده عليه وكما لو غصب حملا فصار كبشا أما السمن الاول فلنا فيه منع ، وان سلمناه فالثانى غير الاول بخلاف مسألتنا

(فصل) واذا غصب شيئاً ببلد فلقيه ببلد آخر فطالبه به نظرت فإن كان أثمانا لزمه دفعها اليه لان الاثمان قيم الأشياء فلا يضر اختلاف قيمتها وان كانت غيرها وكانت من المثليات وقيمته فى البلدين واحدة أو كانت قيمته فى بلد الغصب أكثر لزمه أداء مثله ، لانه لا ضرر عليه ، وكذلك ان كانت قيمته مختلفة الا أنه لا مؤونة لحمله فله المطالبة بمثله لانه أمكنه رد المثل من غير ضرر يلحقه ، وان كان لحمله مؤنة وقيمته فى البلد الذى غصبه فيه أقل فليس عليه رده ولا رد مثله . لاننا لا نكلفه مؤنة النقل الى بلد لا يستحق تسليمه فيه والمغصوب منه الخيرة بين الصبر

إلى أن يستوفيه فى بلده وبين المطالبة فى الحال بقيمته فى البلد الذى غصبه فيه لأنه تعذر رده ورد مثله ، وإن كان من المتقومات فله المطالبة بقيمته فى البلد الذى غصبه فيه ومتى قدر على رد العين المغصوبة ردها واسترجع بدلها على ما ذكرناه فى المسألة قبل هذا .

« مسألة » قال (ولو غصبها حاملا فولدت فى يده ثم مات الولد أخذها سيدها وقيمة ولدها أكثر ما كانت قيمته)

الكلام فى هذه المسألة فى أمرين :

(أحدهما) أنه إذا غصب حاملا من الحيوان أمة أو غيرها فالولد مضمون وكذلك لو غصب حائلا فحملت عنده وولدت ضمن ولدها ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة ومالك لا يجب ضمان الولد فى الصورتين لانه ليس بمغصوب إذ الغصب فعل محظور ولم يوجد فإن الموجود ثبوت اليد عليه وليس ذلك من فعله لانه انبنى على وجود الولد ولا صنع له فيه .

ولنا أن ما ضمن خارج الوعاء ضمن ما فيه كالدرة فى الصدفة والجوز واللوز ولانه مغصوب فيضمن كالام فإن الولد إما أن يكون مودوعا فى الام كالدرة فى الحقة وإما أن يكون كأجزائها وفى كلا الموضعين الاستيلاء على الظرف، والاستيلاء على الجملة استيلاء على الجزء المظروف فإن أسقطته ميتاً لم يضمنه لانه لا تعلم حياته ولكن يجب مانقصت الام عن كونها حاملا وأما إذا حدث الحمل فقد سبق الكلام فيه

(الأمر الثانى أنه يلزمه رد الموجود من المغصوب وقيمة التالف فإن كانت قيمة التالف لا تختلف من حين الغصب الى حين الرد ردها : وان كانت تختلف نظرنا فإن كان اختلافهما لمعنى فيه من كبر وصغر وسمن وهزال وتعلم ونسيان ونحو ذلك من المعانى التى تزيد بها القيمة وتنقص فالواجب القيمة أكثر ما كانت لأنها مغصوبة فى الحال التى زادت فيها والزيادة لمالكها مضمونة على الغاصب على ما قررناه فيما مضى ، فإن كانت زائدة حين تلفها لزمته قيمتها حينئذ لأنه كان يلزمه ردها زائدة فلزمته قيمتها كذلك ، وان كانت زائدة قبل تلفها ثم نقصت عند تلفها لزمه قيمتها حين كانت زائدة لأنه لو ردها ناقصة للزمه أرش نقصها وهو بدل الزيادة

فإذا ضمن الزيادة مع ردها ضمنها عند تلفها فإن كان اختلافها لتغير الأسعار لم يضمن الزيادة لأن نقصان القيمة لذلك لا يضمن مع رد العين فلا يضمن عند تلفها ، وحمل القاضي قول الخرقي على ما اذا اختلفت القيمة لتغير الأسعار وهو مذهب الشافعي ، لأن أكثر القيمتين فيه للمغصوب منه فإذا تعذر ردها ضمنها كقيمة يوم التلف ، وانما سقطت القيمة مع رد العين ، والمذهب الاول لما ذكرنا ، وتفارق هذه الزيادة زيادة المعاني لان تلك تضمن مع رد العين فكذلك مع تلفها وهذه لا تضمن مع رد العين فكذلك مع تلفها .

وقولهم انها سقطت برد العين لايصح لأنها لو وجبت لما سقطت بالرد كزيادة السمن والتعلم ، قال القاضي ولم أجد عن أحمد رواية بأنها تضمن بأكثر القيمتين لتغير الاسعار فعلى هذا تضمن بقيمتها يوم التلف ، رواه الجماعة عن أحمد : وعنه أنها تضمن بقيمتها يوم الغصب ، وهو قول أبي حنيفة ومالك ، لانه الوقت الذي أزال يده عنه فيلزمه القيمة حينئذ كما لو أتلفه .

ولنا أن القيمة انما تثبت في الذمة حين التلف لأن قبل ذلك كان الواجب رد العين دون قيمتها فاعتبرت تلك الحالة كما لو لم تختلف قيمته وما ذكروه لا يصح لان امساك المغصوب غصب فانه فعل يجب عليه تركه في كل حال، وماروي عن أحمد من اعتبار القيمة بيوم الغصب فقال الخلال جبن أحمد عنه كأنه رجع الى قوله الاول

(فصل) وان كان المغصوب من المثليات فتلف وجب رد مثله فان فقد المثل وجبت قيمته يوم انقطاع المثل ، وقال القاضي تجب قيمته يوم قبض البدل لأن الواجب المثل الى حين قبض البدل بدليل أنه لو وجد المثل بعد فقده لكان الواجب هو دون القيمة ، وقال أبو حنيفة ومالك وأكثر أصحاب الشافعي تجب قيمته يوم المحاكمة لان القيمة لم تنتقل الى ذمته الا حين حكم بها الحاكم .

ولنا أن القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل فاعتبرت القيمة حينئذ كتلف المتقوم ودليل وجوبها حينئذ أنه يستحق طلبها واستيفاءها ويجب على الغاصب أداؤها ولا ينفي وجوب المثل لانه معجوز عنه والتكليف يستدعي الوسع ولأنه لا يستحق طلب المثل ولا استيفاءه ولايجب على الآخر أداؤه فلم يكن واجباً كحالة المحاكمة ، وأما اذا قدر على المثل بعد فقده فانه يعود وجوبه لأنه الأصل

قدر عليه قبل أداء البدل فأشبه القدرة على الماء بعد التيمم ولهذا لو قدر عليه بعد المحاكمة وقبل الاستيفاء لاستحق المالك طلبه وأخذه . وقد روى عن أحمد فى رجل أخذ من رجل أرطالا من كذا وكذا أعطاه على السعر يوم أخذه لا يوم يحاسبه ، وكذلك روى عنه فى حوائج البقال عليه القيمة يوم الأخذ ، وهذا يدل على أن القيمة تعتبر يوم الغصب ، وقد ذكرنا ذلك فى الفصل قبل هذا ويمكن التفريق بين هذا وبين الغصب من قبل أن ما أخذه ههنا باذن مالكه ملكه وحل له التصرف فيه فثبت قيمة يوم ملكه ، ولم يتغير ما ثبت فى ذمته بتغير قيمة ما أخذه لأنه ملكه والمغصوب ملك المغصوب منه والواجب رده لا قيمته وانما تثبت قيمته فى الذمة يوم تلفه أو انقطاع مثله فاعتبرت القيمة حينئذ وتغيرت بتغيره قبل ذلك، فأما ان كان المغصوب باقيا وتعذر رده فأوجبنا رد قيمته فإنه يطالبه بقيمته يوم قبضها لان القيمة لم تثبت فى الذمة قبل ذلك ولهذا يتخير بين أخذها والمطالبة بها وبين الصبر الى وقت امكان الرد ومطالبة الغاصب بالسعى فى رده وانما يأخذ القيمة لاجل الحيلولة بينه وبينه فيعتبر مايقوم مقامه ولان ملكه لم يزل عنه بخلاف غيره

« مسألة » قال (واذا كانت للمغصوب أجرة فعلى الغاصب رده وأجر مثله مدة مقامه فى يديه)

هذه المسألة تشتمل على حكمين :

(أحدهما) وجوب رد المغصوب .

(والثانى) رد أجرته : أما الاول فإن المغصوب متى كان باقيا وجب رده لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « على اليد ماأخذت حتى ترده » رواه أبو داود وابن ماجه والترمذى ، وقال حديث حسن ، وروى عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا يأخذ أحدكم متاع صاحبه لاعبا جادا ، ومن أخذ عصا أخيه فليردها » رواه أبو داود ، يعنى أنه يقصد المزح مع صاحبه بأخذ متاعه وهو جاد فى ادخال الغم والغيظ عليه ولانه أزال يد المالك عن ملكه بغير حق فلزمه اعادتها ، وأجمع العلماء على وجوب رد المغصوب اذا كان باقيا بحاله لم يتغير ولم يشتغل بغيره ، فان غصب شيئا فبعده لزم رده وان غرم عليه

أضعاف قيمته لأنه جنى بتبعيده فكان ضرر ذلك عليه ، فإن قال الغاصب خذ منى أجر رده وتسلمه منى ههنا أو بذل له أكثر من قيمته ولا يسترده لم يلزم المالك قبول ذلك لأنها معاوضة فلا يجبر عليها كالبيع .

وإن قال المالك دعه لى فى مكانه الذى نقلته اليه لم يملك الغاصب رده لأنه أسقط عنه حقاً فسقط وإن لم يقبله كما لو أبرأه من دينه ، وان قال رده لى إلى بعض الطريق لزمه ذلك لأنه يلزمه جميع المسافة فلزمه بعضها المطلوب وسقط عنه ما أسقطه ، وان طلب منه حمله إلى مكان آخر فى غير طريق الرد لم يلزم الغاصب ذلك سواء كان أقرب من المكان الذى يلزمه رده اليه أو لم يكن لأنه معاوضة ، وان قال دعه فى مكانه وأعطنى أجر رده لم يجبر على إجابته لذلك ومهما اتفقا عليه من ذلك جاز لان الحق لهما لا يخرج عنهما .

(فصل)

وان غصب شيئا فشغله بملكه كخيط خاط به ثوبا أو نحوه أو حجراً بنى عليه نظرنا فإن بلى الخيط أو انكسر الحجر أو كان مكانه خشبة فتلفت لم يأخذ برده ووجبت قيمته لأنه صار هالكا فوجبت قيمته ، وان كان باقيا بحاله لزمه رده وإن انتقض البناء وتفصل الثوب ، وبهذا قال مالك والشافعى ، وقال أبو حنيفة : لا يجب رد الخشبة والحجر لأنه صار تابعا للملكه يستضر بقلعه فلم يلزم رده كما لو غصب خيطا فخاط به جرح عبده :

ولنا أنه مغصوب أمكن رده ويجوز له فوجب كما لو بعد العين ولا يشبه الخيط الذى يخاف على العبد من قلعه لأنه لا يجوز له رده لما فى ضمنه من تلف الآدمى ولان حاجته الى ذلك يبيح أخذه ابتداء بخلاف البناء ، وان خاط بالخيط جرح حيوان فذلك على أقسام ثلاثة :

(أحدها) أن يخيط به جرح حيوان لا حرمة له كالمرتد والخنزير والكلب العقور فيجب نزعه ورده لانه لا يتضمن تفويت ذى حرمة فأشبه ما لو خاط به ثوبا

(والثانى) أن يخيط به جرح حيوان محترم لا يحل أكله كالآدمى ، فان خيف من نزعه الهلاك أو ابطاء برئه فلا يجب نزعه لأن الحيوان آكد حرمة من

عين المال ولهذا يجوز له أخذ مال غيره ليحفظ حياته وإتلاف المال لتبقيته وهو ما يأكله وكذلك الدواب التى لا يؤكل لحمها كالبغل والحمار الأهلى .

(الثالث) أن يخيط به جرح حيوان مأكول فإن كان ملكا لغير الغاصب وخيف تلفه بقلعه لم يقلع لأن فيـه إضراراً بصاحبه ولا يزال الضرر بالضرر ولا يجب إتلاف مال من لم يجن صيانة لمال آخر ، وان كان الحيوان للغاصب ، فقال القاضى لا يجب رده لأنه يمكن ذبح الحيوان والانتفاع بلحمه وذلك جائز وان حصل فيه نقص على الغاصب فليس ذلك بمانع من وجوب رد المغصوب كنقض البناء لرد الحجر المغصوب ، وقال أبو الخطاب فيه وجهان :

(أحدهما) هذا (والثانى) لا يجب قلعه لأن للحيوان حرمة فى نفسه وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن ذبح الحيوان لغيراً كله . ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين ، ويحتمل أن يفرق بين مايعد للأكل من الحيوان كبهيمة الأنعام والدجاج وأكثر الطير وبين ما لا يعد له كالخيل والطير المقصود صوته فالأول يجب ذبحه إذا توقف رد المغصوب عليه (والثانى) لا يجب لأن ذبحه إتلاف له فجرى مجرى مالا يؤكل لحمه ومتى أمكن رد الخيط من غير تلف الحيوان أو تلف بعض أعضائه أو ضرر كثير وجب رده

(فصل) وان غصب فصيلا فأدخله داره فكبر ولم يخرج من الباب أو خشبة وأدخلها داره ثم بنى الباب ضيقا لايخرج منه الا بنقضه وجب نقضه ورد الفصيل والخشبة كما ينقض البناء لرد الساجة فإن كان حصوله فى الدار بغير تفريط من صاحب الدار نقض الباب وضمانه على صاحب الفصيل ، لانه لتخليص ماله من غير تفريط من صاحب الدار ، وأما الخشبة : فان كان كسرها أكثر ضرراً من نقض الباب فهى كالفصيل وان كان أقل كسرت : ويحتمل فى الفصيل مثل هذا فانه متى كان ذبحه أقل ضرراً ذبح وأخرج لحمه لانه فى معنى الخشبة ، وإن كان حصوله فى الدار بعدوان من صاحبه كرجل غصب داراً فأدخلها فصيلا أو خشبة أو تعدى على إنسان فأدخل داره فرساً ونحوها كسرت الخشبة وذبح الحيوان وإن زاد ضرره على نقض البناء لان سبب هذا الضرر عدوانه فيجعل عليه دون غيره ،

ولو باع داراً فيها خوابي لا تخرج إلا بنقض الباب أو خزائن أو حيوان وكان نقض الباب أقل ضرراً من بقاء ذلك في الدار أو تفصيله أو ذبح الحيوان نقض وكان إصلاحه على البائع لأنه لتخليص ماله وإن كان أكثر ضرراً لم ينقض لأنه لا فائدة فيه ويصلحان على ذلك إما بأن يشتريه مشتري الدار أو غير ذلك .

(فصل) وإن غصب جوهرة فابتلعتها بهيمة ، فقال أصحابنا : حكمها حكم الخيط الذي خاط به جرحها ويحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر من قيمة الحيوان ذبح الحيوان وردت إلى مالكها وضمان الحيوان على الغاصب إلا أن يكون الحيوان آدميا ؛ وفارق الخيط لأنه في الغالب أقل قيمة من الحيوان والجوهرة أكثر قيمة ففي ذبح الحيوان رعاية حق المالك برد عين ماله إليه ورعاية حق الغاصب بتقليل الضمان عليه ، وان ابتلعت شاة رجل جوهرة آخر غير مغصوبة ولم يمكن إخراجها إلا بذبح الشاة ذبحت إذا كان ضرر ذبحها أقل وكان ضمان نقصها على صاحب الجوهرة لأنه لتخليص ماله إلا أن يكون التفريط من صاحب الشاة بكون يده عليها فلا شيء لصاحب الجوهرة لأن التفريط من صاحب الشاة فالضرر عليه .

وإن أدخلت رأسها في قمقم فلم يمكن إخراجه إلا بذبحها وكان الضرر في ذبحها أقل ذبحت وإن كان الضرر في كسر القمقم أقل كسر القمقم ، وان كان التفريط من صاحب الشاة فالضمان عليه ، وان كان التفريط من صاحب القمقم بأن وضعه في الطريق فالضمان عليه ، وان لم يكن منهما تفريط فالضمان على صاحب الشاة ان كسر القمقم لأنه كسر لتخليص شاته ، وإن ذبحت الشاة فالضمان على صاحب القمقم لانه لتخليص قمقمه ، فإن قال من عليه الضمان منهما أنا أتلف مالي ولا أغرم شيئا للآخر فله ذلك لأن اتلاف مال الآخر انما كان لحقه وسلامة ماله وتخليصه فإذا رضي بتلفه لم يجز اتلاف غيره .

وان قال لا أتلف مالي ولا أغرم شيئا لم يمكنه من اتلاف مال صاحبه لكن صاحب القمقم لا يجبر على شيء لأن القمقم لا حرمة له فلا يجبر صاحبه على تخليصه ، وأما صاحب الشاة فلا يحل له تركها لما فيه من تعذيب الحيوان فيقال له اما أن تذبح الشاة لتريحها من العذاب واما أن تغرم القمقم لصاحبه اذا كان كسره أقل ضرراً ويخلصها لأن ذلك من ضرورة ابقائها أو تخليصها من العذاب فلزمه كعلفها .

وان كان الحيوان غير مأكول احتمل أن يكون حكمه حكم المأكول فيما ذكرنا واحتمل أن يكسر القمقم وهو قول أصحابنا لأنه لا نفع فى ذبحه ولا هو مشروع وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذبح الحيوان لغير أكله ويحتمل أن يجرى مجرى المأكول فى أنه متى كان قتله أقل ضررا وكانت الجناية من صاحبه قتل لأن حرمته معارضة لحرمة الآدمى الذى يتلف ماله والنهى عن ذبحه معارض بالنهى عن اضاعة المال وفى كسر القمقم مع كثرة قيمته اضاعة للمال والله أعلم .

﴿ فصـــل ﴾

وان غصب ديناراً فوقع فى محبرته أو أخذ دينار غيره فسها فوقع فى محبرته كسرت ورد الدينار كما ينقض البناء لرد الساجة وكذلك ان كان درهما أو أقل منه ، وان وقع من غير فعله كسرت لرد الدينار ان أحب صاحبه والضمان عليه لأنه لتخليص ماله ، وان غصب ديناراً فوقع فى محبرة آخر بفعل الغاصب أو غير فعله كسرت لرده وعلى الغاصب ضمان المحبرة لأنه السبب فى كسرها ، وان كان كسرها أكثر ضرراً من تبقية الواقع فيها ضمنه الغاصب ولم تكسر ، وان رمى انسان ديناره فى محبرة غيره عدوانا فأبى صاحب المحبرة كسرها لم يجبر عليه لأن صاحبه تعدى برميه فيها فلم يجبر صاحبها على اتلاف ماله لإزالة ضرر عدوانه عن نفسه وعلى الغاصب نقص المحبرة بوقوع الدينار فيها ويحتمل أن يجبر على كسرها لرد عين مال الغاصب ويضمن الغاصب قيمتها كما لو غرس فى أرض غيره ملك حفر الأرض بغير اذن المالك لأخذ غرسه ويضمن نقصها بالحفر وعلى كلا الوجهين لو كسرها الغاصب قهراً لم يلزمه أكثر من قيمتها .

(فصل) وان غصب لوحا فرقع به سفينة فإن كانت على الساحل لزم قلعه ورده وان كانت فى لجة البحر واللوح فى أعلاها بحيث لا تغرق بقلعه لزم قلعه وان خيف غرقها بقلعه لم يقلع حتى تخرج الى الساحل ولصاحب اللوح طلب قيمته فإذا أمكن رد اللوح استرجعه ورد القيمة كما لو غصب عبداً فأبق وقال أبو الخطاب ان كان فيها حيوان له حرمة أو مال لغير الغاصب لم يقلع كالخيط وان كان فيها مال للغاصب أو لا مال فيها ففيها وجهان ، أحدهما : لا يقلع ، والثانى : يقلع فى

الحال لانه أمكن رد المغصوب فلزم وان أدى الى تلف المال كرد الساجة المبنى عليها ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين .

ولنا أنه أمكن رد المغصوب من غير اتلاف فلم يجز الاتلاف كما لو كان فيها مال غيره وفارق الساجة فى البناء فإنه لا يمكن ردها من غير اتلاف .

(فصل) واذا غصب شيئا فخلطه بما يمكن تمييزه منه كحنطة بشعير أو سمسم أو صغار الحب بكبار أو زبيب أسود بأحمر لزمه تمييزه ورده وأجر المميز عليه وان لم يمكن تمييز جميعه وجب تمييز ما أمكن وان لم يمكن تمييزه فهو على خمسة أضرب.

أحدها : أن يخلطه بمثله من جنسه كزيت بزيت أو حنطة بمثلها أو دقيق بمثله أو دنانير أو دراهم بمثلها ، فقال ابن حامد : يلزمه مثل المغصوب منه وهو ظاهر كلام أحمد لانه نص على أنه يكون شريكا به اذا خلطه بغير الجنس فيكون تنبيها على ما اذا خلطه بجنسه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي الا فى الدقيق فإنه تجب قيمته لانه عندهم ليس بمثلي ، وقال القاضي قياس المذهب أنه يلزمه مثله ان شاء منه وان شاء من غيره لانه تعذر عليه رد عين ماله بالخلط فأشبه ما لو تلف لانه لا يتميز له شيء من ماله .

ولنا انه قدر على دفع بعض ماله اليه مع رد المثل فى الباقى فلم ينتقل الى المثل فى الجميع كما لو غصب صانعا فتلف نصفه ، وذلك لانه اذا دفع اليه منه فقد دفع اليه بعض ماله وبدل الباقى فكان أولى من دفعه من غيره .

(الضرب الثاني والثالث والرابع) أن يخلطه بخير منه أو دونه أو بغير جنسه فظاهر كلام أحمد أنهما شريكان يباع الجميع ويدفع الى كل واحد منهما قدر حقه لانه قال فى رواية أبي الحارث فى رجل له رطل زيت وآخر له رطل شيرج اختلطا يباع الدهن كله ويعطى كل واحد منهما قدر حصته وذلك لاننا اذا فعلنا ذلك أوصلنا الى كل واحد منهما عين ماله واذا أمكن الرجوع الى عين المال لم يرجع الى البدل وان نقص المغصوب عن قيمته منفرداً فعلى الغاصب ضمان النقص لانه حصل بفعله ، وقال القاضي قياس المذهب أنه يلزم الغاصب مثله لانه صار بالخلط مستهلكا وكذلك لو اشترى زيتا فخلطه بزيته ثم أفلس صار البائع كأسوة

الغرماء ولأنه تعذر عليه الوصول إلى عين ماله فكان له بدله كما لو كان تالفا ويحتمل أن يحمل كلام أحمد على ما إذا اختلطا من غير غصب فأما المغصوب فقد وجد من الغاصب ما منع المالك من أخذ حقه من المثليات مميزاً فلزمه مثله كما لو أتلفه الا أنه ان خلطه بخير منه وبذل لصاحبه مثل حقه منه لزمه قبوله لانه أوصل اليه بعض حقه بعينه وتبرع بالزيادة فى مثل الباقى وان خلطه بأدون منه فرضى المالك بأخذ قدر حقه منه لزم الغاصب بذله لانه أمكنه رد بعض المغصوب ورد مثل الباقى من غير ضرر وقيل لا يلزم الغاصب ذلك لان حقه انتقل الى الذمة فلم يجبر على غير مال وان بذله المغصوب منه فأباه لم يجبر على قبوله لانه دون حقه وان تراضيا بذلك جاز وكان المالك متبرعاً بترك بعض حقه وان اتفقا على أن يأخذ أكثر من حقه من الردىء أو دون حقه من الجيد لم يجز لانه ربا لانه يأخذ الزائد فى القدر عوضا عن الجودة وان كان بالعكس فرضى دون حقه من الردىء أو سمح الغاصب فدفع أكثر من حقه من الجيد جاز لانه لا مقابل للزيادة وانما هى تبرع مجرد وان خلطه بغير جنسه فتراضيا على أن يأخذ أكثر من قدر حقه أو أقل جاز لانه بدله من غير جنسه فلا تحرم الزيادة بينهما .

(الضرب الخامس) أن يخلطه بما لا قيمة له كزيت خلطه بماء أو لبن شابه بماء فإن أمكن تخليصه خلصه ورد نقصه وان لم يمكن تخليصه أو كان ذلك يفسده رجع عليه بمثله لانه صار كالهالك وان لم يفسده رده ورد نقصه وان احتيج فى تخليصه الى غرامة لزم الغاصب ذلك لانه بسببه ولأصحاب الشافعى فى هذا الفصل نحو ما ذكرنا .

(فصل) وان غصب ثوبا فصبغه لم يخل من ثلاثة أقسام ، أحدها : أن يصبغه بصبغ له ، الثانى : أن يصبغه بصبغ للمغصوب منه ، الثالث : أن يصبغه بصبغ لغيرهما ، والاول لا يخلو من ثلاثة أحوال .

أحدها : أن يكون الثوب والصبغ بحالهما لم تزد قيمتهما ولم تنقص مثل ان كانت قيمة كل واحد منهما خمسة فصارت قيمتهما بعد الصبغ عشرة فهما شريكان لان الصبغ عين مال له قيمة فإن تراضيا بتركه لهما جاز وان باعاه فثمنه بينهما نصفين .

(الحال الثانى) اذا زادت قيمتهما فصارا يساويان عشرين نظرت فان كان ذلك لزيادة الثياب فى السوق كانت الزيادة لصاحب الثوب وان كانت لزيادة الصبغ فى السوق فالزيادة لصاحبه وان كانت لزيادتهما معا فهى بينهما على حسب زيادة كل واحد منهما فإن تساويا فى الزيادة فى السوق تساوى صاحباهما فيهما وان زاد أحدهما ثمانية والآخر اثنين فهى بينهما كذلك وان زادا بالعمل فالزيادة بينهما لان عمل الغاصب زاد فى الثوب والصبغ وما عمله فى المغصوب للمغصوب منه اذا كان أثراً وزيادة مال الغاصب له وان نقصت القيمة لتغير الاسعار لم يضمنه الغاصب لما تقدم .

وان نقص لأجل العمل فهو على الغاصب لانه بتعديه فإذا صار قيمة الثوب مصبوغا خمسة فهو كله للمالك ولا شيء للغاصب لان النقص حصل بعدوانه فكان عليه وان صارت قيمته سبعة صار الثوب بينهما لصاحبه خمسة أسباعه ولصاحب الصبغ سبعاه ، وان زادت قيمة الثوب فى السوق فصار يساوى سبعة ونقص الصبغ فصار يساوى ثلاثة وكانت قيمة الثوب مصبوغا عشرة فهو بينهما لصاحب الثوب سبعة ولصاحب الصبغ ثلاثة وان ساوى اثنى عشر قسمت بينهما لصاحب الثوب نصفها وخمسها وللغاصب خمسها وعشرها .

وان انعكس الحال فصار الثوب يساوى فى السوق ثلاثة والصبغ سبعة انعكست القيمة فصار لصاحب الصبغ ههنا ما كان لصاحب الثوب فى التى قبلها ولصاحب الثوب ما كان لصاحب الصبغ لان زيادة السعر لا تضمن فان أراد الغاصب قلع الصبغ فقال أصحابنا له ذلك سواء أضر بالثوب أو لم يضر ويضمن نقص الثوب ان نقص ، وبهذا قال الشافعي : لانه عين ماله فملك أخذه كما لو غرس فى أرض غيره ولم يفرق أصحابنا بين ما يهلك صبغه بالقلع وبين ما لا يهلك وينبغى أن يقال ما يهلك بالقلع لا يملك قلعه لانه سفه وظاهر كلام الخرقى أنه لا يمكن من قلعه اذا تضرر الثوب بقلعه لانه قال فى المشترى اذا بنى أو غرس فى الارض المشفوعة فله أخذه اذا لم يكن فى أخذه ضرر ، وقال أبو حنيفة : ليس له أخذه لان فيه اضراراً بالثوب المغصوب فلم يمكن منه كقطع خرقة منه وفارق قلع الغرس لان الضرر قليل يحصل به نفع قلع العروق من الارض ، وان اختار المغصوب منه قلع الصبغ ففيه وجهان :

أحدهما : يملك إجبار الغاصب عليه كما يملك إجباره على قلع شجره من أرضه وذلك لأنه شغل ملكه بملكه على وجه أمكن تخليصه فلزمه تخليصه ، وان استضر الغاصب كقلع الشجر ، وعلى الغاصب ضمان نقص الثوب وأجر القلع كما يضمن ذلك فى الأرض .

والثانى لا يملك إجباره عليه ولا يمكن من قلعه لأن الصبغ يهلك بالاستخراج وقد أمكن وصول الحق إلى مستحقه بدونه بالبيع ، فلم يجبر على قلعه كقلع الزرع من الارض ، وفارق الشجر فإنه لا يتلف بالقلع . قال القاضى : هذا ظاهر كلام أحمد ولعله أخذ ذلك من قول أحمد فى الزرع ، وهذا مخالف للزرع لأن له غاية ينتهى اليها ولصاحب الأرض أخذه بنفقته فلا يمتنع عليه استرجاع أرضه فى الحال بخلاف الصبغ فإنه لا نهاية له إلا تلف الثوب ، فهو أشبه بالشجر فى الأرض ، ولا يختص وجوب القلع فى الشجر بالا يتلف فإنه يجبر على قلع ما يتلف ومالا يتلف ، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين

وإن بذل رب الثوب قيمة الصبغ للغاصب ليملكه لم يجبر على قبوله لأنه اجبار على بيع ماله فلم يجبر عليه ، كما لو بذل له قيمة الغراس ، ويحتمل أن يجبر على ذلك إذا لم يقلعه قياسا على الشجر والبناء فى الأرض المشفوعة والعارية ، وفى الارض المغصوبة إذا لم يقلعه الغاصب ، ولانه أمر يرتفع به النزاع ويتخلص به أحدهما من صاحبه من غير ضرر فأجبر عليه كما ذكرنا

وإن بذل الغاصب قيمة الثوب لصاحبه ليملكه لم يجبر على ذلك ، كما لو بذل صاحب الغراس قيمة الارض لمالكها فى هذه المواضع ، وإن وهب الغاصب الصبغ لمالك الثوب فهل يلزمه قبوله ؟ على وجهين

أحدهما : يلزمه ، لأن الصبغ صار من صفات العين ، فهو كزيادة الصفة فى المسلم فيه .

الثانى : لا يجبر لان الصبغ عين يمكن إفرادها فلم يجبر على قبولها ، وظاهر كلام الخرقى أنه يجبر لانه قال فى الصداق : إذا كان ثوباً فغصبه فبذلت له نصفه مصبوغا لزمه قبوله ، وإن أراد المالك بيع الثوب وأبى الغاصب فله بيعه لانه ملكه

فلا يملك الغاصب منعه من بيع ملكه بعدوانه ، وإن أراد الغاصب بيعه لم يجبر المالك على بيعه لأنه متعد فلم يستحق إزالة ملك صاحب الثوب عنه بعدوانه ، ويحتمل أن يجبر ليصل الغاصب الى ثمن صبغه

(القسم الثانى) أن يغصب ثوبا وصبغا من واحد فيصبغه به ، فإن لم تزد قيمتها ولم تنقص ردهما ولا شيء عليه ، وان زادت القيمة فهى للمالك ولا شيء للغاصب ولانه إنما له فى الصبغ أثر لا عين : وان نقصت بالصبغ فعلى الغاصب ضمان النقص لانه بتعديه : وان نقص لتغير الاسعار لم يضمنه .

(القسم الثالث) أن يغصب ثوب رجل وصبغ آخر فيصبغه به ، فإن كانت القيمتان بحالهما فهما شريكان بقدر مالهما ، وان زادت فالزيادة لهما ، وان نقصت بالصبغ فالضمان على الغاصب ويكون النقص من صاحب الصبغ لأنه تبدد فى الثوب ويرجع به على الغاصب : وان نقص لنقص سعر الثياب أو سعر الصبغ أو لنقص سعرهما لم يضمنه الغاصب وكان نقص مال كل واحد منهما من صاحبه وإن أراد صاحب الصبغ قلعه أو أراد ذلك صاحب الثوب فحكمها حكم ما لو صبغه الغاصب بصبغ من عنده على ما مر بيانه ، وان غصب عسلا ونشاء وعقده حلواء فحكمه حكم ما لو غصب ثوبا فصبغه على ما ذكر فيه

الحكم الثانى : أنه متى كان للمغصوب أجر فعلى الغاصب أجر مثله مدة مقامه فى يديه سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب ، هذا هو المعروف فى المذهب نص عليه أحمد فى رواية الاثرم ، وبه قال الشافعى

وقال أبو حنيفة : لا يضمن المنافع ، وهو الذى نصره أصحاب مالك

وقد روى محمد بن الحكم عن أحمد فيمن غصب داراً فسكنها عشرين سنة لا أجترىء أن أقول عليه سكنى ماسكن . وهذا يدل على توقفه عن إيجاب الاجر إلا أن أبا بكر قال : هذا قول قديم ، لان محمد بن الحكم مات قبل أبى عبد الله بعشرين سنه ، واحتج من لم يوجب الاجر بقول النبى (ص « الخراج بالضمان » وضمانها على الغاصب ، ولانه استوفى منفعة بغير عقد ولا شبهة ملك فلم يضمنها كما لو زنا بامرأة مطاوعة .

ولنا أن كل ماضمنه بالإتلاف فى العقد الفاسد جاز أن يضمنه بمجرد الاتلاف

كالأعيـان ، ولأنه أتلف متقوما فوجب ضمانه كالأعيان ، أو نقول مال متقوم مغصوب فوجب ضمانه كالعين ، فأما الخبر فوارد فى البيع ولا يدخل فيه الغاصب لأنه لا يجوز له الانتفاع بالمغصوب بالإجماع ، ولا يشبه الزنا لأنها رضيت بإتلاف منافعها بغير عوض ولا عقد يقتضى العوض ، فكان بمنزلة من أعاره داره . ولو أكرهها عليه لزمه مهرها ، والخلاف فيما له منافع تستباح بعقد الإجارة كالعقار والثياب والدواب ونحوها . فأما الغنم والشجر والطير ونحوها فلا شىء فيها لأنه لا منافع لها يستحق بها عوض

ولو غصب جارية ولم يطأها ومضت عليها مدة تمكن الوطء فيها لم يضمن مهرها ، لأن منافع البضع لا تتلف الا بالاستيفاء بخلاف غيرها ، ولأنها لا تقدر بزمن فيكون مضى الزمان يتلفها بخلاف المنفعة

فصل

إذا غصب طعاما فأطعمه غيره فللمالك تضمين أيهما شاء . لأن الغاصب حال بينه وبين ماله والآكل أتلف مال غيره بغير اذنه وقبضه عن يد ضامنه بغير اذن مالكه ، فإن كان الآكل عالما بالغصب استقر الضمان عليه لكونه أتلف مال غيره بغير إذن عالمـا من غير تغرير ، فإذا ضمن الغاصب رجع عليه ، وإن ضمن الآكل لم يرجع على أحد . وان لم يعلم الآكل بالغصب نظرنا فإن كان الغاصب قال له : كله فإنه طعامى استقر الضمان عليه لاعترافه بأن الضمان باق عليه ، وإنه لا يلزم الآكل شىء ، وان لم يقل ذلك ففيه روايتان

إحداهما يستقر الضمان على الآكل ، وبه قال أبو حنيفة والشافعى فى الجديد لانه ضمن ما أتلف فلم يرجع به على أحد

والثانية يستقر الضمان على الغاصب لانه غر الآكل وأطعمه على أنه لا يضمنه : وهـذا ظاهر كلام الخرقى لقوله فى المشترى للأمة يرجع بالمهر وكل ما غرم على الغاصب ، وأيهما استقر عليه الضمان فغرمه لم يرجع على أحد ، فإن غرمه صاحبه رجع عليه ، وان أطعم المغصوب لمـالكه فأكله عالما أنه طعامه برىء الغاصب ، وإن لم يعلم وقال له الغاصب : كله فإنه طعامى استقر الضمان على الغاصب لما ذكرنا

وان كانت له بينة بأنه طعام المغصوب منه ، وان لم يقل ذلك بل قدمه اليه وقال كله أو قال قد وهبتك إياه أو سكت ، فظاهر كلام أحمد أنه لا يبرأ . لانه قال فى رواية الاثرم فى رجل له قبل رجل تبعة فأوصلها اليه على سبيل صدقة أو هدية فلم يعلم فقال : كيف هذا ؟ هذا يرى أنه هدية ، يقول له : هذا لك عندى . وهذا يدل على أنه لا يبرأ ههنا بأكل المالك طعامه بطريق الاولى ، لانه ثم رد اليه يده وسلطانه وهنا بالتقديم اليه لم تعد اليه اليد والسلطان ، فإنه لا يتمكن من التصرف فيه بكل ما يريد من أخذه وبيعه والصدقة به فلم يبرأ الغاصب كما لو علفه لدوابه ، ويتخرج أن يبرأ بناء على ما مضى إذا أطعمه لغير مالكه ، فإنه يستقر الضمان على الآكل فى احدى الروايتين فيبرأ ههنا بطريق الاولى : وهذا مذهب أبى حنيفة .

وان وهب المغصوب لمالكه أو أهداه اليه فالصحيح أنه يبرأ لانه قد سلمه اليه تسليما صحيحا تاما وزالت يد الغاصب ، وكلام أحمد فى رواية الاثرم وارد فيما اذا أعطاه عوض حقه على سبيل الهدية ، فأخذه المالك على هذا الوجه لا على سبيل العوض فلم تثبت المعاوضة ، ومسألتنا فيما إذا رد اليه عين ماله وأعاد يده التى أزالها وان باعه إياه وسلمه اليه برىء من الضمان ، لانه قبضه بالابتياع ، والابتياع يوجب الضمان ، وان أقرضه إياه برىء أيضا لذلك وإن أعاره إياه برىء أيضا لان العارية توجب الضمان ، وإن أودعه إياه أو آجره إياه أو رهنه أو أسلمه عنده ليقصره أو يعلمه لم يبرأ من الضمان الا أن يكون عالما بالحال ، لانه لم يعد اليه سلطانه انما قبضه على أنه أمانة

وقال بعض أصحابنا : يبرأ لأنه عاد الى يده وسلطانه . وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعى ، والاول أولى ، فإنه لو أباحه اياه فأكله لم يبرأ فهنا أولى .

﴿ فصل ﴾

اذا اختلف المالك والغاصب فى قيمة المغصوب ولا بينة لاحدهما فالقول قول الغاصب ، لأن الاصل براءة ذمته فلا يلزمه ما لم يقم عليه به حجة ، كما لو ادعى عليه دينا فأقر ببعضه . وكذلك ان قال المالك كان كاتبا أو له صناعة فأنكر الغاصب فالقول قوله كذلك ، فإن شهدت له البينة بالصفة ثبتت .

وان قال الغاصب كانت فيه سلعة أو أصبع زائدة أو عيب فأنكر المالك فالقول

قوله لأن الأصل عدم ذلك والقول قول الغاصب فى قيمته على كل حال ، وان اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب فى وقت زيادته ، فقال المالك زادت قبل تلفه وقال الغاصب إنما زادت قيمة المتاع بعد تلفه فالقول قول الغاصب لأن الأصل براءة ذمته ، وان شاهدنا العبد معيبا فقال الغاصب كان معيبا قبل غصبه ، وقال المالك تعيب عندك فالقول قول الغاصب لانه غارم ؛ ولان الظاهر أن صفه العبد لم تتغير ، وان غصبه خمراً ثم قال صاحبه تخلل عندك وأنكر الغاصب فالقول قوله لأن الاصل بقاؤه على ما كان وبراءة الذمة ، وان اختلفا فى رد المغصوب أو رد مثله أو قيمته فالقول قول المالك ، لأن الاصل عدم ذلك واشتغال الذمة به ، وان اختلفا فى تلفه فادعاه الغاصب وأنكره المالك فالقول قول الغاصب لانه أعلم بذلك وتتعذر إقامة البينة عليه ، فإذا حلف فللمالك المطالبة ببدله ، لانه تعذر رد العين فلزم بدلها ، كما لو غصب عبدا فأبق ، وقيل ليس له المطالبة بالبدل لانه لا يدعيه .

وان قال غصبت منى حديثا فقال بل عتيقا فالقول قول الغاصب ، لأن الاصل عدم وجوب الحديث وللمالك المطالبة بالعتيق لانه دون حقه

﴿ فصل ﴾

وإذا باع عبدا فادعى إنسان على البائع أنه غصبه العبد وأقام بذلك بينه انتقض البيع ورجع المشترى على البائع بثمنه وان لم تكن بينة وأقر البائع والمشترى بذلك فهو كما لو قامت به بينة ، وان أقر البائع وحده لم يقبل فى حق المشترى ، لانه لا يقبل إقراره فى حق غيره ولزمت البائع قيمته ، لأنه حال بينه وبين ملكه ويقر العبد فى يد المشترى لانه ملكه فى الظاهر وللبائع إحلافه ، ثم ان كان البائع لم يقبض الثمن فليس له مطالبة المشترى به لانه لا يدعيه ، ويحتمل أن يملك مطالبته بأقل الامرين من الثمن أو قيمة العبد ، لانه يدعى القيمة على المشترى والمشترى يقر له بالثمن ، فقد اتفقا على استحقاق أقل الامرين فوجب ولا يضر اختلافهما فى السبب بعد اتفاقهما على حكمه ، كما لو قال لى عليك ألف من ثمن مبيع فقال : بل ألف من قرض

وان كان قد قبض الثمن فليس للمشترى استرجاعه لانه لا يدعيه ، ومتى عاد

العبد الى البائع بفسخ أو غيره وجب عليه رده على مدعيه وله استرجاع ماأخذ منه وان كان إقرار البائع فى مدة الخيار له انفسخ البيع لانه يملك فسخه فقبل إقراره بما يفسخه ، وان أقر المشترى وحده لزمه رد العبد ولم يقبل اقراره على البائع ولا يملك الرجوع عليه بالثمن ان كان قبضه ، ويلزمه دفعه عليه ان كان لم يقبضه ، وان أقام المشترى بينة بما أقر به قبلت وله الرجوع بالثمن ، وان أقام البائع بينة اذا كان هو المقر نظرنا ، فإن كان فى حال البيع قال : بعتك عبدى هذا أو ملكى لم تقبل بينته لانه يكذبها وتكذبه ؛ وان لم يكن قال ذلك قبلت لانه يبيع ملكه وغير ملكه ، وان أقام المدعى البينة سمعت ولا تقبل شهادة البائع له ، لانه يجر بها الى نفسه نفعا . وان أنكراه جميعا فله احلافهما ان لم تكن له بينة

قال أحمد فى رجل يجد سرقته بعينها عند انسان ، قال هو ملكه يأخذه ، أذهب الى حديث سمرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « من وجد متاعه عند رجل فهو أحق به ويتبع المبتاع من باعه » رواه هشيم عن موسى بن السائب عن قتادة عن الحسن عن سمرة ، وموسى بن السائب ثقة

فصل

وان كان المشترى أعتق العبد فأقرا جميعاً لم يقبل ذلك ، وكان العبد حراً لانه قد تعلق به حق لغيرهما ، فان وافقهما العبد فقال القاضى لا يقبل أيضا لان الحرية يتعلق بها حق الله تعالى ، ولهذا لو شهد شاهدان بالعتق مع اتفاق السيد والعبد على الرق سمعت شهادتهما ، ولو قال رجل أنا حر ثم أقر بالرق لم يقبل اقراره ، وهذا مذهب الشافعى ، ويحتمل أن يبطل العتق اذا اتفقوا كلهم ويعود العبد الى المدعى لانه مجهول النسب أقر بالرق لمن يدعيه ، فصح كما لو لم يعتقه المشترى ؛ ومتى حكمنا بالحريه فللمالك تضمين أيهما شاء قيمته يوم عتقه ، ثم ان ضمن البائع رجع على المشترى لانه أتلفه ، وان رجع على المشترى لم يرجع على البائع الا بالثمن ، لأن التلف حصل منه فاستقر الضمان عليه . وان مات العبد وخلف مالا فهو للمدعى لاتفاقهم على أنه له ، وانما منعنا رد العبد اليه لتعلق حق الحرية به الا أن يخلف وارثا فيأخذه ولا يثبت الولاء عليه لاحد لانه لا يدعيه أحد ، وان صدق المشترى البائع وحده رجع عليه بقيمته ولم يرجع المشترى بالثمن وبقية الاقسام على ما مضى

(فصـــل)

واذا باع عبداً أو وهبه ثم ادعى أنى فعلت ذلك قبل أن أملكه وقد ملكته الآن بميراث أو هبة من مالكه فيلزمك رده علىَّ لان البيع الاول والهبة باطلان وان أقام بذلك بينة نظرت ، فإن كان قال حين البيع والهبة : هذا ملكى أو بعتك ملكى هذا . وكان فى ضمنه اقرار بأنه ملكه نحو أن يقول قبضت ثمن ملكى أو أقبضته ملكى ونحو ذلك لم تقبل البينة ، لانه مكذب لها وهى تكذبه ، وان لم يكن كذلك قبلت الشهادة ، لان الانسان يبيع ويهب ملكه وغير ملكه

(فصل) اذا جنى العبد المغصوب جناية أوجبت القصاص فاقتص منه فضمانه على الغاصب لأنه قد تلف فى يديه ، فان عفى عنه على مال تعلق ذلك برقبته وضمان ذلك على الغاصب لانه نقص حدث فى يده فلزمه ضمانه ، لان ضمان العبد ونقصه على سيده ، ويضمنه بأقل الامرين من قيمته أو أرش جنايته كما يفديه سيده وان جنى على ما دون النفس مثل ان قطع يداً فقطعت يده قصاصاً فعلى الغاصب ما نقص العبد بذلك دون أرش اليد : لان اليد ذهبت بسبب غير مضمون فأشبه ما لو سقطت ، وان عفى عنه على مال تعلق أرش اليد برقبته وعلى الغاصب أقل الامرين من قيمته أو أرش اليد ، فان زادت جناية العبد على قيمته ثم انه مات فعلى الغاصب قيمته يدفعها الى سيده ، فاذا أخذها تعلق أرش الجناية بها لانها كانت متعلقة بالعبد فتعلقت ببدله ، كما أن الرهن اذا أتلفه متلف وجبت قيمته وتعلق الدين بها : فاذا أخذ ولى الجناية القيمة من المالك رجع المالك على الغاصب بقيمة أخرى لان القيمة التى أخذها استحقت بسبب كان فى يد الغاصب فكانت من ضمانه . ولو كان العبد وديعة فجنى جناية استغرقت قيمته ، ثم ان المودع قتله بعد ذلك وجبت عليه قيمته وتعلق بها أرش الجناية ، فاذا أخذها ولى الجناية لم يرجع على المودع لأنه جنى وهو غير مضمون عليه ، ولو أن العبد جنى فى يد سيده جناية تستغرق قيمته ثم غصبه غاصب فجنى فى يده جنايه تستغرق قيمته بيع فى الجنايتين وقسم ثمنه بينهما ورجع صاحب العبد على الغاصب بما أخذه الثانى منهما لأن الجناية كانت فى يده وكان للمجنى عليه أولا أن يأخذه دون الثانى ، لان الذى يأخذه

المالك من الغاصب هو عوض ماأخذه المجنى عليه ثانيا فلا يتعلق به حقه ويتعلق به حق الاول لانه بدل عن قيمة الجانى لا يزاحم فيه ، فان مات هذا العبد فى يد الغاصب فعليه قيمته تقسم بينهما ويرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة لانه ضامن للجناية الثانية ويكون للمجنى عليه أولا أن يأخذه لما ذكرناه .

« مسألة » قال ﴿ من أتلف لذمى خمراً أو خنزيراً فلا غرم عليه وينهى عن التعرض لهم فيما لا يظهرونه ﴾

وجملة ذلك أنه لا يجب ضمان الخمر والخنزير سواء كان متلفه مسلماً أو ذميا ، لمسلم أو ذمى نص عليه أحمد فى رواية أبى الحارث فى الرجل يهريق مسكراً لمسلم أو لذمى خمراً فلا ضمان عليه ، وبهذا قال الشافعى .

وقال أبو حنيفة ومالك يجب ضمانهما إذا أتلفهما على ذمى ، قال أبو حنيفة : إن كان مسلما بالقيمة وإن كان ذميا بالمثل لأن عقد الذمة إذا عصم عينا قومها كنفس الآدمى وقد عصم خمر الذمى بدليل أن المسلم يمنع من إتلافها فيجب أن يقومها ولأنها مال لهم يتمولونها بدليل ما روى عن عمر رضى الله عنه أن عامله كتب اليه إن أهل الذمة يمرون بالعاشر ومعهم الخمور ، فكتب اليه عمر : ولوهم بيعها وخذوا منهم عشر ثمنها ، وإذا كانت مالا وجب ضمانها كسائر أموالهم .

ولنا أن جابر روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ألا إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام » متفق على صحته وما حرم بيعه لا لحرمته لم تجب قيمته كالميتة ، ولأن مالم يكن مضمونا فى حق المسلم لم يكن مضمونا فى حق الذمى كالمرتد ولأنها غير متقومة فلا تضمن كالميتة ، ودليل أنها غير متقومة أنها غير متقومة فى حق المسلم فكذلك فى حق الذمى فإن تحريمها ثبت فى حقهما وخطاب النواهى يتوجه اليهما فما ثبت فى حق أحدهما ثبت فى حق الآخر ، ولا نسلم أنها معصومة بل متى أظهرت حلت إراقتها ثم لو عصمها ما لزم تقويمها فإن نساء أهل الحرب وصبيانهم معصومون غير متقومين .

وقولهم . إنها مال عندهم ينتقض بالعبد المرتد فإنه مال عندهم ، وأما حديث عمر فمحمول على أنه أراد ترك التعرض لهم ، وإنما أمر بأخذ عشر أثمانها لأنهم

تبايعوا وتقابضوا حكمنا لهم بالملك ولم تنقضه وتسميتها أثمانا مجاز كما سمى الله تعالى ثمن يوسف ثمنا فقال (وشروه بثمن بخس) .

وأما قول الخرقي : ونهى عن التعرض لهم فيما لا يظهرونه فلأن كل ما اعتقدوا حله في دينهم مما لا أذى للمسلمين فيه من الكفر وشرب الخمر واتخاذه ونكاح ذوات المحارم لا يجوز لنا التعرض لهم فيه إذا لم يظهروه لاننا التزمنا إقرارهم عليه في دارنا فلا نعرض لهم فيما التزمنا تركه ، وما أظهروه من ذلك تعين إنكاره عليهم فإن كان خمراً جازت إراقته ، وإن أظهروا صليبا أو طنبوراً جاز كسره ، وإن أظهروا كفرهم أدبوا على ذلك ، ويمنعون من إظهار ما يحرم على المسلمين .

فصل

وإن غصب من ذمي خمراً لزمه ردها لأنه يقر على شربها وان غصبها من مسلم لم يلزم ردها ووجبت إراقتها لأن أبا طلحة سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أيتام ورثوا خمراً فأمره بإراقتها ، وان أتلفها أو تلفت عنده لم يلزمه ضمانها لأن ابن عباس روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إن الله إذا حرم شيئا حرم ثمنه » ، ولأن ما حرم الانتفاع به لم يجب ضمانه كالميتة والدم ، فإن أمسكها في يده حتى صارت خلا لزم ردها على صاحبها لانها صارت خلا على حكم ملكه فلزم ردها اليه فان تلفت ضمنها له لأنها مال للمغصوب منه تلف في يد الغاصب ، وان أراقها فجمعها إنسان فتخللت عنده لم يلزمه رد الخل لأنه أخذها بعد إتلافها وزوال اليد عنها

(فصل) وان غصب كلبا يجوز اقتناؤه وجب رده لأنه يجوز الانتفاع به واقتناؤه فأشبه المال وإن أتلفه لم يغرمه وإن حبسه مدة لم يلزمه أجر لأنه لا تجوز إجارته ، وان غصب جلد ميتة فهل يجب رده ؟ على وجهين بناء على الروايتين في طهارته بالدبغ فمن قال بطهارته أوجب رده لأنه يمكن إصلاحه فهو كالثوب النجس ، ومن قال لا يطهر لم يوجب رده لأنه لا سبيل الى اصلاحه فان أتلفه أو أتلف ميتة بجلدها لم يضمنه لانه لا قيمة له بدليل أنه لا يحل بيعه ، وان دبغه الغاصب لزم رده ان قلنا بطهارته لانه كالخمر اذا تخللت ، ويحتمل أن لا يجب رده لأنه صار مالا بفعله بخلاف الخمر ، وان قلنا لا يطهر لم يجب رده لأنه لا يباح

الانتفاع به ويحتمل أن يجب رده إذا قلنا يباح الانتفاع به فى اليابسات لأنه نجس يباح الانتفاع به . أشبه الكلب وكذلك قبل الدبغ

(فصل) وإن كسر صليبا أو مزماراً أو طنبوراً أو صنما لم يضمنه ، وقال الشافعى إن كان ذلك إذا فصل يصلح لنفع مباح وإذا كسر لم يصلح لنفع مباح لزمه مابين قيمته مفصلا ومكسوراً لأنه أتلف بالكسر ماله قيمة وان كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم يلزمه ضمانه ، وقال أبو حنيفة يضمن .

ولنا أنه لا يحل بيعه فلم يضمنه كالميتة والدليل على أنه لا يحل بيعه قول النبى صلى الله عليه وسلم « إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام » متفق عليه وقال النبى (ص) « بعثت بمحق القينات والمعازف » .

(فصـــل)

وان كسر آنية من ذهب أو فضة لم يضمنها لأن اتخاذها محرم ، وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن أحمد أنه يضمن فإن مهنا نقل عنه فيمن هشم على غيره ابريقا فضة عليه قيمته يصوغه كما كان ، قيل له أليس قد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن اتخاذها ؟ فسكت ، والصحيح أنه لا ضمان عليه ، نص عليه أحمد فى رواية المروزى فيمن كسر ابريق فضة لا ضمان عليه لأنه أتلف ما ليس بمباح فلم يضمنه كالميتة ، ورواية مهنا تدل على أنه رجع عن قوله ذلك لكونه سكت حين ذكر السائل تحريمه ، ولأن فى هذه الرواية أنه قال يصوغه ولا يحل له صناعته فكيف يجب ذلك .

(فصل) وان كسر آنية الخمر ففيها روايتان :

احداهما . يضمنها لأنه مال يمكن الانتفاع به ويحل بيعه فيضمنها كما لو لم يكن فيها خمر ولأن جعل الخمر فيها لا يقتضى سقوط ضمانها كالبيت الذى جعل مخزنا للخمر

والثانية : لا تضمن لما روى الإمام أحمد فى مسنده « حدثنا أبو بكر بن أبى مريم عن ضمرة بن حبيب قال : قال عبد الله بن عمر أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن آتيه بمدية وهى الشفرة فأتيته بها فأرسل بها فأرهفت ثم أعطانيها وقال « اغد على بها » ففعلت فخرج بأصحابه الى أسواق المدينة وفيها زقاق الخمر قد جلبت من الشام فأخذ المدية منى فشق ما كان من تلك الزقاق بحضرته كلها وأمر أصحابه

الذين كانوا معه أن يمضوا معي ويعاونوني وأمرني أن آتي الاسواق كلها فلا أجد فيها زق خمر الا شققته ففعلت فلم أترك في أسواقها زقا الا شققته ، وروى عن أنس قال : كنت أسقي أبا طلحة وأبي بن كعب وأبا عبيدة شرابا من فضيخ فأتانا آت فقال إن الخمر قد حرمت ، فقال أبو طلحة قم يا أنس الى هذه الدنان فاكسرها وهذا يدل على سقوط حرمتها واباحة اتلافها فلا يضمنها كسائر المباحات .

(فصل) ولا يثبت الغصب فيما ليس بمال كالحر ، فإنه لا يضمن بالغصب انما يضمن بالإتلاف ، وان أخذ حراً فحبسه فمات عنده لم يضمنه ، لأنه ليس بمال ، وان استعمله مكرها لزمه أجر مثله ، لأنه استوفى منافعه وهي متقومة فلزمه ضمانها كمنافع العبد ، وان حبسه مدة لمثلها أجر ففيه وجهان .

أحدهما : يلزمه أجر تلك المدة ، لأنه فوت منفعته وهي مال يجوز أخذ العوض عنها فضمنت بالغصب كمنافع العبد .

والثاني : لا يلزمه . لأنها تابعة لما لا يصح غصبه ، فأشبهت ثيابه اذا بليت عليه وأطرافه ، ولانها تلفت تحت يديه فلم يجب ضمانها كما ذكرنا ، ولو منعه العمل من غير حبس لم يضمن منافعه وجها واحداً ، لأنه لو فعل ذلك بالعبد لم يضمن منافعه فالحر أولى ولو حبس الحر وعليه ثياب لم يلزمه ضمانها لأنها تابعة لما لم تثبت اليد عليه في الغصب وسواء كان كبيراً أو صغيراً — وهذا كله مذهب أبي حنيفة والشافعي .

فصل

وأم الولد مضمونة بالغصب ، وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة لا تضمن ، لأن أم الولد لا تجري مجرى المال بدليل أنه لا يتعلق بها حق الغرماء ، فأشبهت الحر .

ولنا أن ما يضمن بالقيمة يضمن بالغصب كالقن ، ولانها مملوكة ، فأشبهت المدبرة وفارقت الحرة فإنها ليست مملوكة ولا تضمن بالقيمة

(فصل) واذا فتح قفصا على طائر فطار ، أو حل دابته فذهبت ضمنها ، وبه قال مالك ، وقال أبو حنيفة والشافعي لا ضمان عليه الا أن يكون أهاجهما حتى ذهبا وقال أصحاب الشافعي : ان وقفا بعد الحل والفتح ثم ذهبا لم يضمنهما وان ذهبا

عقيب ذلك ففيه قولان ، واحتجا بأن لهما اختياراً وقد وجـــدت منها المباشرة ، ومن الفاتح سبب غير ملجىء ، فإذا اجتمعا لم يتعلق الضمان بالسبب ، كما لو حفر بئراً فجاء عبد لانسان فرمى نفسه فيها

ولنا أنه ذهب بسبب فعله فلزمه الضمان ، كما لو نفره أو ذهب عقيب فتحه وحله ، والمباشرة إنما حصلت ممن لا يمكن إحالة الحكم عليه فيسقط ، كما لو نفر الطائر وأهاج الدابة أو أشلى كلباً على صبي فقتله أو أطلق ناراً في متاع إنسان فإن للنار فعلا لكن لما لم يمكن احالة الحكم عليها كان وجوده كعدمه ، ولأن الطائر وسائر الصيد من طبعه النفور وانما يبقى بالمانع ، فاذا أزيل المانع ذهب بطبعه فكان ضمانه على من أزال المـانع ، كمن قطع علاقة قنديل فوقع فانكسر : وهكذا لو حل قيد عبد فذهب أو أسير فأفلت ، وان فتح القفص وحل الفرس فبقيا واقفين فجاء انسان فنفرهما فذهبا فالضمان على منفرهما ، لأن سببه أخص فاختص الضمان به ، كالدافع مع الحافر .

وان وقع طائر انسان على جدار فنفره انسان فطار لم يضمنه ، لأن تنفيره لم يكن سبب فواته ، فانه كان ممتنعا قبل ذلك ، وان رماه فقتله ضمنه ، وان كان في داره لأنه كان يمكنه تنفيره بغير قتله . وكذلك لو مر الطائر في هواء داره فرماه فقتله ضمنه لأنه لا يملك منع الطائر من هواء داره ، فهو كما لو رماه في هواء دار غيره

(فصل) ولو حل زقا فيه مائع فاندفق ضمنه ، سواء خرج في الحال أو خرج قليلا قليلا أو خرج منه شيء ، بل أسفله فسقط ، أو ثقل أحد جانبيه فلم يزل يميل قليلا قليلا حتى سقط ، أو سقط بريح أو بزلزلة الأرض ، أو كان جامـداً فذاب بشمس لأنه تلف بسبب فعله .

وقال القاضي : لا يضمن إذا سقط بريح أو زلزلة ، ويضمن فيما سوى ذلك ، وهو قول أصحاب الشافعي ، ولهم فيما إذا ذاب بالشمس وجهان ، واحتجوا بأن فعله غير ملجىء والمعنى الحادث مباشرة ، فلم يتعلق الضمان بفعله كما لو دفعه إنسان

ولنا أن فعله سبب تلفه ولم يتخلل بينهما ما يمكن إحالة الحكم عليه ، فوجب عليه الضمان ، كما لو خرج عقيب فعله أو مال قليلاقليلا ، وكما لو جرح إنسانافأصابه الحر أو البرد فسرت الجناية فإنه يضمن . وأما إن دفعه إنسان فإن المتخلل بينهما

مباشرة يمكن الاحالة عليها بخلاف مسألتنا ، ولو كان جامدا فأدنى منه آخر ناراً فأذابه فسال فالضمان على من أذابه ، لأن سببه أخص لكون التلف يعقبه فأشبه المنفر مع فاتح القفص .

وقال بعض الشافعية : لاضمان على واحد منهما كسارقين نقب أحدهما وأخرج آخر المتاع ، وهذا فاسد لأن مدنى النار ألجأه الى الخروج فضمنه ، كما لو كان واقفاً فدفقه ، والمسألة حجة عليه ، فان الضمان على مخرج المتاع من الحرز ، والقطع حد لا يجب الا بهتك الحرز وأخذ المال جميعاً ، ثم ان الحد يدرأ بالشبهات بخلاف الضمان ، ولو أذابه أحدهما أولا ثم فتح الثاني رأسه فاندفق فالضمان على الثاني لأن التلف تعقبه ، وان فتح زقا مستعلى الرأس فخرج بعض ما فيه واستمر خروجه قليلا قليلا فجاء آخر فنكسه فاندفق فضمان ما خرج بعد التنكيس على المنكس ؛ وما قبله على الفاتح ، لأن فعل الثاني أخص كالجارح والذابح

(فصـــل)

وان حل رباط سفينة فذهبت أو غرقت فعليه قيمتها ، سواء تعقب فعله أو تراخى والخلاف فيها كالخلاف في الطائر في القفص

(فصـل) اذا أوقد في ملكه ناراً أو في موات فطارت شرارة الى دار جاره فأحرقتها أو سقى أرضه فنزل الماء الى أرض جاره فغرقها لم يضمن اذا كان فعل ماجرت به العادة من غير تفريط لأنه غير متعد ولأنها سراية فعل مباح فلم يضمن كسراية القود ، وفارق من حل زقا فاندفق لأنه متعد بحله ، ولأن الغالب خروج المائع من الزق المفتوح ، وليس الغالب سراية هذا الفعل المعتاد الى تلف مال غيره . وان كان ذلك بتفريط منه بأن أجج ناراً تسرى في العادة لكثرتها أو في ريح شديدة تحملها أو فتح ماء كثيراً يتعدى أو فتح الماء في أرض غيره أو أوقد في دار غيره ضمن ما تلف به ، وان سرى الى غير الدار التي أوقد فيها والأرض التي الماء فيها لأنها سراية عدوان أشبهت سراية الجرح الذي تعدى به ، وان أوقد ناراً فأيبست أغصان شجرة غيره ضمنها لأن ذلك لا يكون الا من نار كثيرة الا أن تكون الاغصان في هوائه فلا يضمنها لان دخولها عليه غير مستحق فلا يمنع من التصرف في داره لحرمتها ، وهذا الفصل مذهب الشافعي كما ذكرنا سواء .

﴿ فصـــل ﴾

وإن ألقت الريح الى داره ثوب غيره لزمه حفظه لأنه أمانة حصلت تحت يده فلزمه حفظه كاللقطة ، وان لم يعرف صاحبه فهو لقطة تثبت فيه أحكامها ، وان عرف صاحبه لزمه إعلامه ، فإن لم يفعل ضمنه لانه أمسك مال غيره بغير إذنه من غير تعريف فصار كالغاصب ، وان سقط طائر فى داره لم يلزمه حفظه ولا اعلام صاحبه لانه محفوظ بنفسه ، وان دخل برجه فأغلق عليه الباب ناويا امساكه لنفسه ضمنه ؛ لانه أمسك مال غيره لنفسه فهو كالغاصب ، والا فلا ضمان عليه لأنه يتصرف فى برجه كيف شاء ، فلا يضمن مال غيره بتلفه ضمنا لتصرفه الذى لم يتعد فيه .

(فصـل) اذا أكلت بهيمة حشيش قوم ويد صاحبها عليها لكونه معها ضمن. وان لم يكن معها لم يضمن ما أكلته ، واذا استعار من رجل بهيمته فأتلفت شيئا وهى فى يد المستعير فضمانه على المستعير ، سواء أتلفت شيئا لمالكها أو لغيره لان ضمانه يجب باليد واليد للمستعير .

وان كانت البهيمة فى يد الراعى فأتلفت زرعا فالضمان على الراعى دون صاحبها لان اتلافها للزرع فى النهار لا يضمن الا بثبوت اليد عليها واليد للراعى دون المالك فكان الضمان عليه كالمستعير ، وان كان الزرع للمالك فإن كان ليلا ضمن أيضا ، لان ضمان اليد أقوى بدليل أنه يضمن به فى الليل والنهار جميعا .

(فصـــل) اذا شهد بالغصب شاهدان ، فشهد أحدهما أنه غصبه يوم الخميس وشهد آخر أنه غصبه يوم الجمعة لم تتم البينة وله أن يحلف مع أحدهما . وان شهد أحدهما أنه أقر بالغصب يوم الخميس وشهد الآخر أنه أقر بعضه يوم الجمعة ثبتت البينة ، لان الاقرار وان اختلف رجع الى أمر واحد ، وان شهد أنه أقر أنه غصبه يوم الخميس وشهد الآخر أنه غصبه يوم الجمعه لم تثبت البينة أيضا ، وان شهد له واحد وحلف معه ثبت الغصب ، فلو كان الغاصب حلف بالطلاق أنه لم يغصبه لم نوقع طلاقه ، لان الشاهد واليمين بينة فى المال لا فى الطلاق ، والله أعلم .

كتاب الشفعة

وهى استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت اليه وهى ثابتة بالسنة والاجماع . أما السنة فما روى عن جابر رضى الله عنه قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » . متفق عليه .

ولمسلم قال : قضى رسول الله (ص بالشفعة فى كل شرك لم يقسم ربعة أو حائط لايحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه فان شاء أخذ ، وإن شاء ترك ، فان باع ولم يستأذنه فهو أحق به . وللبخارى : إنما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم ، فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة .

وأما الإجماع فقال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذى لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أوحائط . والمعنى فى ذلك أن أحد الشريكين اذا أراد أن يبيع نصيبه وتمكن من بيعه لشريكه وتخليصه مما كان بصدده من توقع الخلاص والاستخلاص، فالذى يقتضيه حسن العشرة أن يبيعه منه ليصل الى غرضه من بيع نصيبه وتخليص شريكه من الضرر ، فاذا لم يفعل ذلك وباعه لأجنبي سلط الشرع الشريك على صرف ذلك الى نفسه . ولا نعلم أحدا خالف هذا الا الأصم ، فانه قال : لاتثبت الشفعة لان فى ذلك اضرارا بأرباب الاملاك . فإن المشترى اذا علم أنه يؤخذ منه اذا ابتاعه لم يبتعه ، ويتقاعد الشريك عن الشراء فيستضر المالك وهذا ليس بشيء لمخالفته الآثار الثابتة والاجماع المنعقد قبله ، والجواب عما ذكره من وجهين :

أحدهما : إنا نشاهد الشركاء يبيعون ، ولا يعدم من يشترى منهم غير شركائهم ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء .

الثانى : أنه يمكنه اذا لحقته بذلك مشقة أن يقاسم فيسقط استحقاق الشفعة واشتقاق الشفعة من الشفع وهو الزوج ، فان الشفيع كان نصيبه منفرداً فى ملكه فبالشفعة يضم المبيع إلى ملكه فيشفعه به ، وقيل اشتقاقها من الزيادة ، لأن الشفيع يزيد المبيع فى ملكه .

« مسـألة » قال أبو القاسم ﴿ ولا تجب الشفعة الا للشريك المقاسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ﴾

وجملة ذلك أن الشفعة تثبت على خلاف الاصل ، اذ هي انتزاع ملك المشترى بغير رضاء منه واجبار له على المعاوضة مع ما ذكره الاصم ، لكن أثبتها الشرع لمصلحة راجحة ، فلا تثبت الا بشروط أربعة :

أحدها أن يكون الملك مشاعا غير مقسوم ، فأما الجار فلا شفعة له ؛ وبه قال عمر وعثمان وعمر بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والزهرى ويحيى الانصارى وأبو الزناد وربيعة والمغيرة بن عبد الرحمن ومالك والاوزاعى والشافعى واسحاق وأبو ثور وابن المنذر . وقال ابن شبرمة والثورى وابن أبي ليلى وأصحاب الرأى : الشفعة بالشركة ثم بالشركة فى الطريق ثم بالجوار

وقال أبو حنيفة : يقدم الشريك فان لم يكن وكان الطريق مشتركا كدرب لاينفذ تثبت الشفعة لجميع أهل الدرب الاقرب فالاقرب فان لم يأخذوا ثبتت للملاصق من درب آخر خاصة . وقال العنبرى وسوار : تثبت بالشركة فى المال وبالشركة فى الطريق ، واحتجوا بما روى أبو رافع قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الجار أحق بصقبه [1] » رواه البخارى وأبو داود

وروى الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « جار الدار أحق بالدار » رواه الترمذى وقال حديث حسن صحيح . ورواه الترمذى فى حديث جابر « الجار أحق بداره ينتظر به اذا كان غائبا اذا كان طريقهما واحد » وقال حديث حسن ولانه اتصال ملك يدوم ويتأبد فتثبت الشفعة به كالشركة

ولنا . قول النبي صلى الله عليه وسلم « الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » وروى ابن جريج عن الزهرى عن سعيد بن المسيب أو عن أبي سلمة أو عنهما ـ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا قسمت

---

(١) كذا فى الاصل بالصاد ، وفى صحيح البخارى بالسين ومعناه القرب ، يعنى أن الجار بسبب قربه أحق بالشفعة .

الأرض وحدت فلا شفعة فيها ، رواه أبو داود : ولأن الشفعة ثبتت فى موضع الوفاق على خلاف الأصل لمعنى معدوم فى محل النزاع فلا تثبت فيه ، وبيان انتفاء المعنى هو أن الشريك ربما دخل عليه شريك فيتأذى به فتدعوه الحاجة إلى مقاسمته أو يطلب الداخل المقاسمة فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمة ملكه وما يحتاج إلى إحداثه من المرافق ، وهذا لا يوجد فى المقسوم ، فأما حديث أبى رافع فليس بصريح فى الشفعه ، فإن الصقب القرب ، يقال بالسين والصاد ، قال الشاعر :

كوفية نازح محلتها لا أمم دارها ولا صقب

فيحتمل أنه أراد بإحسان جاره وصلته وعيادته ونحو ذلك ، وخبرنا صريح صحيح فيقدم ، وبقية الأحاديث فى أسانيدها مقال . فحديث سمرة يرويه عنه الحسن ولم يسمع منه إلا حديث العقيقة ، قاله أصحاب الحديث ، قال ابن المنذر : الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، حديث جابر الذى رويناه ، وما عداه من الأحاديث فيها مقال، على أنه يحتمل أنه أراد بالجار الشريك فإنه جار أيضاً ويسمى كل واحد من الزوجين جارا ، قال الشاعر :

أجارتنا بينى فإنك طالقه كذاك أمور الناس غاد وطارقه

قال الأعشى : وتسمى الضرتان جارتين لاشتراكهما فى الزوج ، قال حمل ابن مالك : كنت بين جارتين لى فضربت إحداهما الأخرى بمسطح فقتلتها وجنينها ، وهذا يمكن فى تأويل حديث أبى رافع أيضاً .

إذا ثبت هذا : فلا فرق بين كون الطريق مفردة أو مشتركة ، قال أحمد فى رواية ابن القاسم فى رجل له أرض تشرب هى وأرض غيره من نهر واحد فلا شفعة له من أجل الشرب إذا وقعت الحدود فلا شفعة ، وقال فى رواية أبى طالب وعبد الله ومثنى فيمن لا يرى الشفعة بالجوار وقدم إلى الحاكم فأنكر لم يحلف ، إنما هو اختيار وقد اختلف الناس فيه ، قال القاضى إنما هذا لأن يمين المنكر هاهنا على القطع والبت ، ومسائل الاجتهاد مظنونة فلا يقطع ببطلان مذهب المخالف ، ويمكن أن يحمل كلام أحمد هنا على الورع لا على التحريم لأنه يحكم ببطلان مذهب المخالف ، ويجوز للمشترى الامتناع به من تسليم المبيع فيما بينه وبين الله تعالى .

(فصل) الشرط الثاني : أن يكون المبيع أرضا لأنها التى تبقى على الدوام ويدوم ضررها ، وأما غيرها فينقسم قسمين :

أحدهما : تثبت فيه الشفعة تبعا للأرض ، وهو البناء والغراس يباع مع الأرض فإنه يؤخذ بالشفعة تبعا للأرض بغير خلاف فى المذهب ، ولا نعرف فيه بين من أثبت الشفعة خلافا ، وقد دل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم وقضاؤه بالشفعة فى كل شرك لم يقسم ربعة أو حائط ، وهذا يدخل فيه البناء والأشجار .

القسم الثانى : ما لا تثبت فيه الشفعة تبعا ولا مفردا ، وهو الزرع والثمرة الظاهرة تباع مع الأرض فإنه لا يؤخذ بالشفعة مع الأصل ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة ومالك : يؤخذ ذلك بالشفعة مع أصوله لأنه متصل بما فيه الشفعة فيثبت فيه الشفعة تبعا كالبناء والغراس .

ولنا أنه لا يدخل فى البيع تبعا فلا يؤخذ بالشفعة كقماش الدار وعكسه البناء والغراس ، وتحقيقه أن الشفعة بيع فى الحقيقة ، لكن الشارع جعل له سلطان الأخذ بغير رضى المشترى فإن بيع الشجر وفيه ثمرة غير ظاهرة كالطلع غير المؤبر دخل فى الشفعة لأنها تتبع فى البيع فأشبهت الغراس فى الأرض ، وأما ما بيع مفردا من الأرض فلا شفعة فيه سواء كان مما ينقل كالحيوان والثياب والسفن والحجارة والزرع والثمار . أو لا ينقل كالبناء والغراس إذا بيع مفرداً ، وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى .

وروى عن الحسن والثورى والأوزاعى والعنبرى وقتادة وربيعة وإسحاق : لا شفعة فى المنقولات ، واختلف عن مالك وعطاء ، فقالا مرة كذلك ومرة قالا الشفعة فى كل شىء حتى فى الثوب ، قال ابن أبى موسى وقد روى عن أبى عبدالله رواية أخرى أن الشفعة واجبة فيما لا ينقسم كالحجارة والسيف والحيوان وما فى معنى ذلك ، قال أبو الخطاب : وعن أحمد رواية أخرى أن الشفعة تجب فى البناء والغراس ، وان بيع منفردا ، وهو قول مالك لعموم قوله عليه السلام « الشفعه فيما لم يقسم » ولان الشفعة وضعت لدفع الضرر وحصول الضرر بالشركة فيما لا ينقسم أبلغ منه فيما ينقسم ولان ابن أبى مليكة روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الشفعة فى كل شىء » .

ولنا أن قول النبي صلى الله عليه وسلم « الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » لا يتناول الا ما ذكرناه وانما أراد ما لا ينقسم من الارض بدليل قوله « فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق » ولان هذا مما لا يتباقى على الدوام فلا تجب فيه الشفعة كصبرة الطعام ، وحديث ابن أبي مليكة مرسل لم يرو في الكتب الموثوق بها ، والحكم في الغراف(١) والدولاب والناعورة كالحكم في البناء فأما ان بيعت الشجرة مع قرارها من الارض مفردة عما يتخللها من الارض فحكمها حكم ما لا ينقسم من العقار ولان هذا مما لا ينقسم على ما سنذكره ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال لان القرار تابع لها فاذا لم تجب الشفعة فيها مفردة لم تجب فيه تبعها ، وان بيعت حصة من علو دار مشترك نظرت فان كان السقف الذي تحته لصاحب السفل فلا شفعة في العلو لانه بناء مفرد وان كان لصاحب العلو فكذلك لانه بناء منفرد لكونه لا أرض له فهو كما لو لم يكن السقف له ويحتمل ثبوت الشفعة لان له قراراً فهو كالسفل .

(فصل) الشرط الثالث : أن يكون المبيع مما يمكن قسمته فأما ما لا يمكن قسمته من العقار كالحمام الصغير والرحى الصغيرة والعضادة والطريق الضيقة والعراص الضيقة فعن أحمد فيها روايتان .

احداهما : لا شفعة فيه وبه قال يحيى بن سعيد وربيعة والشافعي .

والثانية : فيها الشفعة وهو قول أبي حنيفة والثوري وابن سريج ، وعن مالك كالروايتين ، ووجه هذا عموم قوله عليه السلام « الشفعة فيما يقسم » وسائر الالفاظ العامة ، ولان الشفعة ثبتت لإزالة ضرر المشاركة والضرر في هذا النوع أكثر لانه يتأبد ضرره والاول ظاهر المذهب لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منقبة » والمنقبة الطريق الضيق ، رواه أبو الخطاب في رءوس المسائل .

وروى عن عثمان رضي الله عنه أنه قال : لا شفعة في بئر ولا نخل ، ولان اثبات الشفعة في هذا يضر بالبائع لانه لا يمكنه أن يتخلص من اثبات الشفعة

---

(١) بتشديد الراء .

فى نصيبه بالقسمة وقد يمتنع المشترى لأجل الشفيع فيتضرر البائع وقد يمتنع البيع فتسقط الشفعة فيؤدى اثباتها الى نفيها ويمكن أن يقال ان الشفعة انما تثبت لدفع الضرر الذى يلحقه بالمقاسمة لما يحتاج إليه من إحداث المرافق الخاصة ولا يوجد هذا فيما لا ينقسم : وقولهم إن الضرر ههنا أكثر لتأبده ، قلنا : إلا أن الضرر فى محل الوفاق من غير جنس هذا الضرر وهو ضرر الحاجة إلى إحداث المرافق الخاصة فلا يمكن التعدية وفى الشفعه ههنا ضرر غير موجود فى محل الوفاق وهو ما ذكرناه فتعذر الإلحاق :

فأما ما أمكن قسمته مما ذكرنا كالحمام الكبير الواسع البيوت بحيث إذا قسم لم يستضر بالقسمة وأمكن الانتفاع به حماما فإن الشفعة تجب فيه ، وكذلك البئر والدور والعضائد متى أمكن أن يحصل من ذلك شيئان كالبئر ينقسم بئرين يرتقى الماء منهما وجبت الشفعة ، وكذلك إن كان مع البئر بياض أرض بحيث يحصل البئر فى أحد النصيبين وجبت الشفعة أيضا لأنه تمكن القسمة وهكذا الرحى إن كان لها حصن يمكن قسمته بحيث يحصل الحجر فى أحد القسمين أو كان فيها أربعة أحجار دائرة يمكن أن ينفرد كل واحد منهما بحجرين وجبت الشفعه وان لم يمكن الا بأن يحصل لكل واحد منهما ما لم يتمكن من إبقائها رحى لم تجب الشفعة .

فأما الطريق فإن الدار إذا بيعت ولها طريق فى شارع أو درب نافذ فلا شفعة فى تلك الدار ولا فى الطريق لأنه لا شركة لأحد فى ذلك ، وإن كان الطريق فى درب غير نافذ ولا طريق للدار سوى تلك الطريق فلا شفعة أيضا لأن اثبات ذلك يضر بالمشترى لأن الدار تبقى لا طريق لها ، وان كان للدار باب آخر يستطرق منه أو كان لها موضع يفتح منه باب لها إلى طريق نافذ نظرنا فى الطريق المبيع مع الدار فإن كان ممراً لا تمكن قسمته فلا شفعة فيه وان كان تمكن قسمته وجبت الشفعة فيه لأنه أرض مشتركة تحتمل القسمة فوجبت فيه الشفعة كغير الطريق ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال لأن الضرر يلحق المشترى بتحويل الطريق الى مكان آخر مع ما فى الأخذ بالشفعة من تفويت صفقة المشترى وأخذ بعض المبيع من العقار دون بعض فلم يجز كما لو كان الشريك فى الطريق شريكا فى الدار

فأراد أخذ الطريق وحدها والقول فى دهليز الجار وصحنه كالقول فى الطريق المملوك ، وان كان نصيب المشترى من الطريق أكثر من حاجته فذكر القاضى أن الشفعة تجب فى الزائد بكل حال لوجود المقتضى وعدم المانع والصحيح أنه لا شفعة فيه لأن فى ثبوتها تبعيض صفقة المشترى ولا يخلو من الضرر .

﴿ فصـــل ﴾

الشرط الرابع . أن يكون شقصاً منتقلا بعوض ، وأما المنتقل بغير عوض كالهبة بغير ثواب والصدقة والوصية والإرث فلا شفعة فيه فى قول عامة أهل العلم منهم مالك والشافعى وأصحاب الرأى ، وحكى عن مالك رواية أخرى فى المنتقل بهبة أو صدقة أن فيه الشفعه ويأخذه الشفيع بقيمته ، وحكى ذلك عن ابن أبى ليلى لأن الشفعة ثبتت لإزالة ضرر الشركة وهذا موجود فى الشركة كيفما كان والضرر اللاحق بالمتهب دون ضرر المشترى لأن اقدام المشترى على شراء الشقص وبذله ماله فيه دليل حاجته اليه فانتزاعه منه أعظم ضرراً من أخذه ممن لم يوجد منه دليل الحاجة اليه ، ولنا أنه انتقل بغير عوض أشبه الميراث ، ولأن محل الوفاق هو البيع والخبر ورد فيه وليس غيره فى معناه لان الشفيع يأخذه من المشترى بمثل السبب الذى انتقل به اليه ولا يمكن هذا فى غيره ، ولأن الشفيع يأخذ الشقص بثمنه لا بقيمته وفى غيره يأخذه بقيمتهفافترقا . فأما المنتقل بعوض فينقسم قسمين .

أحدهما : ما عوضه المال كالبيع فهذا فيه الشفعة بغير خلاف وهو فى حديث جابر فان باع ولم يؤذنه فهو أحق به وكذلك كل عقد جرى مجرى البيع كالصلح بمعنى البيع والصلح عن الجنايات الموجبة للمال والهبة المشروط فيها الثواب المعلوم لان ذلك بيع ثبتت فيه أحكام البيع وهذا منها وبه يقول مالك والشافعى وأصحاب الرأى الا أن أبا حنيفة وأصحابه قالوا لا تثبت الشفعة فى الهبة المشروط فيها ثواب حتى يتقابضا لأن الهبة لا تثبت الا بالقبض فأشبهت البيع بشرط الخيار .

ولنا أنه يملكها بعوض هو مال فلم يفتقر الى القبض فى استحقاق الشفعة كالبيع ولا يصح ما قالوه من اعتبار لفظ الهبة لان العوض صرف اللفظ عن

مقتضاه وجعله عبارة عن البيع خاصة عندهم فإنه ينعقد بها النكاح الذى لا تصح الهبة فيه بالاتفاق .

(القسم الثانى ما انتقل بعوض غير المال نحو أن يجعل الشقص مهراً أو عوضاً فى الخلع أو فى الصلح عن دم العمد فظاهر كلام الخرقى أنه لا شفعة فيه لأنه لم يتعرض فى جميع مسائله لغير البيع وهذا قول أبى بكر وبه قال الحسن والشعبى وأبو ثور وأصحاب الرأى حكاه عنهم ابن المنذر واختاره ، وقال ابن حامد تجب فيه الشفعه وبه قال ابن شبرمة والحارث العكلى ومالك وابن أبى ليلى والشافعى ثم اختلف بم يأخذه ؟ فقال ابن شبرمة وابن أبى ليلى يأخذ الشقص بقيمته قال القاضى هو قياس قول ابن حامد لأننا لو أوجبنا مهر المثل لقومنا البضع على الأجانب وأضررنا بالشفيع لأن مهر المثل يتفاوت مع المسمى لتسامح الناس فيه فى العادة بخلاف البيع .

وقال الشريف أبو جعفر : قال ابن حامد إن كان الشقص صداقاً أو عوضاً فى خلع أو متعة فى طلاق أخذه الشفيع بمهر المرأة وهو قول العكلى والشافعى ، لأنه ملك الشقص ببدل ليس له مثل فيجب الرجوع إلى قيمة البدل فى الاخذ بالشفعة كما لو باعه بعرض ، واحتجوا على أخذه بالشفعة بأنه عقار مملوك بعقد معاوضة فأشبه البيع .

ولنا أنه مملوك بغير مال أشبه الموهوب والموروث ولانه يمتنع أخذه بمهر المثل لما ذكره مالك وبالقيمة لانها ليست عوض الشقص فلا يجوز الاخذ بها كالموروث فيتعذر أخذه ، ولانه ليس له عوض يمكن الاخذ به فأشبه الموهوب والموروث وفارق البيع فإنه أمكن الاخذ بعوضه فإن قلنا إنه يؤخذ بالشفعة وطلق الزوج قبل الدخول بعد عفو الشفيع رجع بنصف ما أصدقها لانه موجود فى يدها بصفته وإن طلقها بعد أخذ الشفيع رجع بنصف قيمته لان ملكها زال عنه فهو كما لو باعته ، وإن طلق قبل علم الشفيع ثم علم ففيه وجهان .

أحدهما : حق الشفيع مقدم لأن حقه أسبق لانه يثبت بالبيع وحق الزوج بالطلاق .

والثانى : حق الزوج أولى ، لانه ثبت بالنص والاجماع والشفعة ههنا لا نص

فيها ولا إجماع فأما ان عفا الشفيع ثم طلق الزوج فرجع فى نصف الشقص لم يستحق الشفيع الاخذ منه وكذلك ان جاء الفسخ من قبل المرأة فرجع الشقص كله الى الزوج لم يستحق الشفيع أخذه لانه عاد الى المالك لزوال العقد فلم يستحق به الشفيع كالرد بالعيب وكذلك كل فسخ يرجع به الشقص الى العاقد كرده بعيب أو مقايلة أو اختلاف المتبايعين أو رده لغبن وقد ذكرنا فى الاقالة رواية أخرى أنها بيع فتثبت فيها الشفعة وهو قول أبى حنيفة ، فعلى هذا لو لم يعلم الشفيع حتى تقايلا فله أن يأخذ من أيهما شاء وان عفا عن الشفعة فى البيع ثم تقايلا فله الاخذ بها .

(فصل) واذا جنى جنايتين عمداً وخطأ فصالحه منهما على شقص فالشفعة فى نصف الشقص دون باقيه وبه قال أبو يوسف ومحمد ، وهذا على الرواية التى نقول فيها ان موجب العمد القصاص عينا وان قلنا موجبه أحد شيئين وجبت الشفعة فى الجميع ، وقال أبو حنيفة : لا شفعة فى الجميع لان فى الاخذ بها تبعيض الصفقة على المشترى .

ولنا أن ما قابل الخطأ عوض عن مال فوجبت فيه الشفعة كما لو انفرد ، ولان الصفقة جمعت ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب فيه فوجبت فيما تجب فيه دون الآخر كما لو اشترى شقصاً وسيفاً وبهذا الاصل يبطل ما ذكره ، وقول أبى حنيفة أقيس لان فى الشفعة تبعيض الشقص على المشترى وربما لا يبقى منه إلا ما لا نفع فيه فأشبه ما لو أراد أحد الشفيعين أخذ بعضه مع عفو صاحبه بخلاف مسألة الشقص والسيف ، وأما اذا قلنا ان الواجب أحد شيئين فباختياره الصلح سقط القصاص وتعينت الدية فكان الجميع عوضا عن المال .

(فصل)

ولا تثبت الشفعة فى بيع الخيار قبل انقضائه سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما وحده أيهما كان ، وقال أبو الخطاب يتخرج أن تثبت الشفعة لان الملك انتقل فتثبت الشفعة فى مدة الخيار كما بعد انقضائه ، وقال أبو حنيفة ان كان الخيار للبائع أو لهما لم تثبت الشفعة حتى ينقضى لان فى الاخذ بها اسقاط حق البائع من الفسخ وإلزام البيع فى حقه بغير رضائه ، ولان الشفيع انما يأخذ من المشترى ولم ينتقل الملك اليه وان كان الخيار للمشترى فقد انتقل الملك اليه ولا حق لغيره فيه

والشفيع يملك أخذه بعد لزوم البيع واستقرار الملك فلأن يمنع ذلك قبل لزومه أولى وعامة ما يقدر ثبوت الخيار له وذلك لا يمنع الاخذ بالشفعة كما لو وجد به عيبا وللشافعي قولان كالمذهبين .

ولنا أنه مبيع فيه الخيار فلم تثبت فيه الشفعة كما لو كان للبائع وذلك لان الاخذ بالشفعة يلزم المشترى بالعقد بغير رضائه ويوجب العهدة عليه ويفوت حقه من الرجوع فى عين الثمن فلم يجز كما لو كان الخيار للبائع فإننا انما منعنا من الشفعة لما فيه من ابطال خيار البائع وتفويت حق الرجوع عليه فى عين مالهما وهما فى نظر الشرع على السواء ، وفارق الرد بالعيب فإنه انما ثبت لاستدراك الظلامة وذلك يزول بأخذ الشفيع فإن باع الشفيع حصته فى مدة الخيار عالما ببيع الاول سقطت شفعته وثبتت الشفعة فيما باعه للمشترى الاول فى الصحيح من المذهب .

وفى وجه آخر أنه يثبت للبائع بناء على الملك فى مدة الخيار لمن هو منهما وان باعه قبل علمه بالبيع فكذلك وهو مذهب الشافعي لان ملكه زال قبل ثبوت الشفعه ، ويتوجه على تخريج أبي الخطاب أن لا تسقط شفعته فيكون له على هذا أخذ الشقص من المشترى الاول وللمشترى الاول أن يأخذ الشقص الذى باعه الشفيع من مشتريه لانه كان شريكا للشفيع حين بيعه .

(فصل) وبيع المريض كبيع الصحيح فى الصحة وثبوت الشفعه وسائر الاحكام اذا باع بثمن المثل سواء كان لوارث أو غير وارث وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفه لا يصح بيع المريض مرض الموت لوارثه لانه محجور عليه فى حقه فلم يصح بيعه كالصبي .

ولنا أنه انما حجر عليه فى التبرع فى حقه فلم يمنع الصحه فيما سواه كالاجنبي اذا لم يزد على التبرع بالثلث وذلك لان الحجر فى شيء لا يمنع صحة غيره كما أن الحجر على المرتهن فى الرهن لا يمنع التصرف فى غيره والحجر على المفلس فى ماله لا يمنع التصرف فى ذمته ، فأما بيعه بالمحاباة فلا يخلو اما أن يكون لوارث أو لغيره فإن كان لوارث بطلت المحاباة لانها فى المرض بمنزلة الوصيه والوصيه لوارث لا تجوز ويبطل البيع فى قدر المحاباة من المبيع ، وهل يصح فيما عداه ؟ على ثلاثة أوجه .

أحدها : لا يصح لأن المشترى بذل الثمن فى كل المبيع فلم يصح فى بيعه كما لو قال : بعتك هذا الثوب بعشرة فقال قبلت البيع فى نصفه أو قال قبلته بخمسة أو قال قبلت نصفه بخمسة ، ولأنه لم يمكن تصحيح البيع على الوجه الذى تواجبا عليه فلم يصح كتفريق الصفقة (الثانى) أنه يبطل البيع فى قدر المحاباة ويصح فيما يقابل الثمن المسمى وللمشترى الخيار بين الأخذ والفسخ لأن الصفقة تفرقت عليه وللشفيع أخذ ما صح البيع فيه وإنما قلنا بالصحة لأن البطلان إنما جاء من المحاباة فاختص بما يقابلها .

والثالث : أنه يصح فى الجميع ويقف على إجازة الورثة لأن الوصية للوارث صحيحة فى أصح الروايتين وتقف على إجازة الورثه فكذلك المحاباة له فإن أجازوا المحاباة صح البيع فى الجميع ولا خيار للمشترى ويملك الشفيع الأخذ به لأنه يأخذ بالثمن وإن ردوا بطل البيع فى قدر المحاباة وصح فيما بقى ولا يملك الشفيع الاخذ قبل إجازة الورثه وردهم لان حقهم متعلق بالمبيع فلم يملك إبطاله وله أخذ ما صح البيع فيه وان اختار المشترى الرد فى هذه الصورة وفى التى قبلها واختار الشفيع الاخذ بالشفعه قدم الشفيع لانه لا ضرر على المشترى وجرى مجرى المعيب اذا رضيه الشفيع بعيبه .

القسم الثانى : اذا كان المشترى أجنبياً والشفيع أجنبى فإن لم تزد المحاباة على الثلث صح البيع وللشفيع الاخذ بها بذلك الثمن لان البيع حصل به فلا يمنع منها كون المبيع مسترخصا وان زادت على الثلث فالحكم فيه حكم أصل المحاباة فى حق الوارث وان كان الشفيع وارثا ففيه وجهان .

أحدهما : له الاخذ بالشفعه لان المحاباة وقعت لغيره فلم يمنع منها تمكن الوارث من أخذها كما لو وهب غريم وارثه مالا فأخذه الوارث .

والثانى : يصح البيع ولا تجب الشفعه وهو قول أصحاب أبى حنيفه لأننا لو أثبتناها جعلنا للموروث سبيلا الى اثبات حق لوارثه فى المحاباة ويفارق الهبه لغريم الوارث لان استحقاق الوارث الاخذ بدينه لا من جهة الهبه وهذا استحقاقه بالبيع الحاصل من موروثه فافترقا ، ولأصحاب الشافعى فى هذا خمسة أوجه وجهان كهذين .

والثالث . أن البيع باطل من أصله لإفضائه الى إيصال المحاباة الى الوارث وهذا فاسد لان الشفعة فرع للبيع ولا يبطل الاصل ببطلان فرع له ، وعلى الوجه الاول ما حصلت للوارث المحاباة انما حصلت لغيره ووصلت اليه بجهة الاخذ من المشترى فأشبه هبة غريم الوارث .

الوجه الرابع : أن للشفيع أن يأخذ بقدر ما عدا المحاباة بقدره من الثمن بمنزلة هبة المقابل للمحاباة لان المحاباة بالنصف مثلا هبة للنصف وهذا لا يصح لانه لو كان بمنزلة هبة النصف ما كان للشفيع الاجنبي أخذ الكل لان الموهوب لا شفعه فيه .

الخامس : أن البيع يبطل فى قدر المحاباة وهذا فاسد لأنها محاباة لأجنبي بما دون الثلث فلا تبطل كما لو لم يكن الشقص مشفوعا .

(فصل) ويملك الشفيع الشقص بأخذه بكل لفظ يدل على أخذه بأن يقول قد أخذته بالثمن أو تملكته بالثمن أو نحو ذلك اذا كان الثمن والشقص معلومين ولا يفتقر الى حكم حاكم وبهذا قال الشافعي ، وقال القاضى وأبو الخطاب يملكه بالمطالبه لان البيع السابق سبب فإذا انضمت اليه المطالبه كان كالإيجاب فى البيع انضم اليه القبول وقال أبو حنيفه يحصل بحكم الحاكم لانه نقل للملك عن مالكه الى غيره قهراً فافتقر الى حكم الحاكم كأخذ دينه .

ولنا أنه حق ثبت بالنص والاجماع فلم يفتقر الى حاكم كالرد بالعيب وما ذكروه ينتقض بهذا الاصل ويأخذ الزوج نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول ، ولانه مال يتملكه قهراً فملكه بالاخذ كالغنائم والمباحات وباللفظ الدال على الاخذ لانه بيع فى الحقيقه لكن الشفيع يستقل به فانتقل باللفظ الدال عليه ، وقولهم يملك بالمطالبه بمجردها لا يصح لانه لو ملك بها لما سقطت الشفعه بالعفو بعد المطالبه ولوجب أنه اذا كان له شفيعان فطلبا الشفعه ثم ترك أحدهما أن يكون للآخر أخذ قدر نصيبه ولا يملك أخذ نصيب صاحبه ، اذا ثبت هذا فإنه اذا قال قد أخذت الشقص بالثمن الذى تم عليه العقد وهو عالم بقدره وبالمبيع صح الاخذ وملك الشقص ولا خيار له ولا للمشترى لان الشقص يؤخذ قهراً والمقهور لا خيار له

والآخذ قهراً لا خيار له أيضا ، كمسترجع المبيع لعيب فى ثمنه أو الثمن لعيب فى المبيع ، وان كان الثمن مجهولا أو الشقص لم يملكه بذلك لأنه بيع فى الحقيقة فيعتبر العلم بالعوضين كسائر البيوع ، وله المطالبة بالشفعة ثم يتعرف مقدار الثمن من المشترى أو من غيره والمبيع فيأخذه بثمنه ، ويحتمل أن له الآخذ مع جهالة الشقص بناء على بيع الغائب .

﴿ فصل ﴾ وإذا أراد الشفيع أخذ الشقص وكان فى يد المشترى أخذه منه وإن كان فى يد البائع أخذه منه وكان كأخذه من المشترى . هذا قياس المذهب ، وهو قول أبى حنيفة ، لأن العقد يلزم فى بيع العقار قبل قبضه ، ويدخل المبيع فى ملك المشترى وضمانه ، ويجوز له التصرف فيه بنفس العقد ، فصار كما لو قبضه المشترى وقال القاضى : ليس له أخذه من البائع ويجبر الحاكم المشترى على قبضه ثم يأخذه الشفيع منه ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، لأن الشفيع يشترى الشقص من المشترى فلا يأخذه من غيره ، وبنوا ذلك على أن البيع لا يتم الا بالقبض ، فإذا فات القبض بطل العقد وسقطت الشفعة .

﴿ فصل ﴾

اذا أقر البائع بالبيع وأنكر المشترى ففيه وجهان : أحدهما : للشفيع الاخذ بالشفعة ، وهو قول أبى حنيفة والمزنى

والثانى : ليس له الاخذ بها ونصره الشريف أبو جعفر فى مسائله ، وهو قول مالك وابن شريح ، لأن الشفعة فرع للبيع ولم يثبت فلا يثبت فرعه ، ولان الشفيع انما يأخذ الشقص من المشترى ، واذا أنكر البيع لم يمكن الاخذ منه . ووجه الاول أن البائع أقر بحقين : حق للشفيع وحق للمشترى ، فإذا سقط حق المشترى بإنكاره ثبت حق الشفيع : كما لو أقر بدار لرجلين فأنكر أحدهما ، ولانه أقر للشفيع أنه مستحق لأخذ هذه الدار : والشفيع يدعى ذلك فيوجب قبوله ، كما لو أقر أنها ملكه فعلى هذا يقبض الشفيع من البائع ويسلم اليه الثمن ويكون درك الشفيع على البائع لان القبض منه ولم يثبت الشراء فى حق المشترى ، وليس للشفيع ولا للبائع محاكمة المشترى ليثبت البيع فى حقه ، وتكون العهدة عليه لان مقصود البائع الثمن ، وقد حصل من الشفيع ومقصود الشفيع أخذ الشقص وضمان العهدة ،

وقد حصل من البائع فلا فائدة فى المحاكمة ، فإن قيل: أليس لو ادعى على رجل دينا فقال آخر أنا أدفع اليك الدين الذى تدعيه ولا تخاصمه لا يلزمه قبوله ، فهل لاقلتم ههنا كذلك ؟ قلنا فى الدين عليه منة فى قبوله من غير غريمه ، وههنا بخلافه ولان البائع يدعى أن الثمن الذى يدفعه الشفيع حق للمشترى عوضا عن هذا المبيع فصار كالنائب عن المشترى فى دفع الثمن ، والبائع كالنائب عنه فى دفع الشقص بخلاف الدين ، فإن كان البائع مقرا بقبض الثمن من المشترى بقى الثمن الذى على الشفيع لا يدعيه أحد لان البائع يقول هو للمشترى ، والمشترى يقول لا أستحقه ، ففيه ثلاثة أوجه . أحدها أن يقال للمشترى اما أن تقبضه وإما أن تبرىء منه .

والثانى يأخذه الحاكم عنده

والثالث يبقى فى ذمة الشفيع ، وفى جميع ذلك متى ادعاه البائع أو المشترى دفع اليه لانه لاحدهما ، وان تداعياه جميعا فأقر المشترى بالبيع وأنكر البائع أنه لم يقبض منه شيئا فهو للمشترى لان البائع قد أقر له به ، ولان البائع اذا أنكر القبض لم يكن مدعيا هذا الثمن لان البائع لا يستحق على الشفيع ثمنا ، إنما يستحقه على المشترى ، وقد أقر بالقبض منه ، وأما المشترى فإنه يدعيه ، وقد أقر له باستحقاقه فوجب دفعه اليه .

« مسألة » قال (ومن لم يطالب بالشفعه فى وقت علمه بالبيع فلا شفعة له

الصحيح فى المذهب أن حق الشفعة على الفور ان طالب بها ساعة يعلم بالبيع والا بطلت ، نص عليه أحمد فى رواية أبى طالب فقال: الشفعة بالمواثبة ساعة يعلم وهذا قول ابن شبرمة والبتى والاوزاعى وأبى حنيفه والعنبرى والشافعى فى أحد قوليه . وحكى عن أحمد روايه ثانيه أن الشفعه على التراخى لا تسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى من عفو أو مطالبه بقسمه ونحو ذلك . وهذا قول مالك وقول الشافعى ، الا أن مالكا قال تنقطع بمضى سنه ، وعنه بمضى مدة يعلم أنه تارك لها ، لان هذا الخيار لا ضرر فى تراخيه فلم يسقط بالتأخير كحق القصاص وبيان عدم الضرر أن النفع للمشترى باستغلال المبيع ، وان أحدث فيه عمارة من غراس أو بناء فله قيمته .

وحكى عن ابن أبى ليلى والثورى أن الخيار مقـــدر بثلاثة أيام ، وهو قول الشافعى ، لأن الثلاث حد بها خيار الشرط فصلحت حداً لهذا الخيار والله أعلم .

ولنا ماروى ابن السلمانى عن أبيه عن عمر قال : قال رسول الله (ص) « الشفعة كحل العقال — وفى لفظ أنه قال — الشفعه كنشطة العقال إن قيدت ثبتت وان تركت فاللوم على من تركها » . وروى عن النبى (ص) أنه قال « الشفعه لمن واثبها » رواه الفقهاء فى كتبهم لأنه خيار لدفع الضرر عن المال فكان على الفور كخيار الرد بالعيب ولأن إثباته على التراخى يضر المشترى لكونه لا يستقر ملكه على المبيع ويمنعه من التصرف بعمارة خشية أخذه منه ولا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته لان خسارتها فى الغالب أكثر من قيمتها مع تعب قلبه وبدنه فيها ، والتحديد بثلاثة أيام تحكم لا دليل عليه ، والأصل المقيس عليه ممنوع ثم هو باطل بخيار الرد بالعيب .

وإذا تقرر هذا فقال ابن حامد يتقدر الخيار بالمجلس ، وهو قول أبى حنيفه ، فمتى طالب فى مجلس العلم ثبتت الشفعه ، وان طال لأن المجلس كله فى حكم حالة العقد بدليل أن القبض فيه لما يشـــترط فيه القبض كالقبض حالة العقد ، وظاهر كلام الخرقى أنه لا يتقدر بالمجلس ، بل متى بادر فطالب عقيب علمه وإلا بطلت شفعته وهـذا ظاهر كلام أحمد وقول للشافعى لما ذكرنا من الخبر والمعنى ، وما ذكروه يبطل بخيار الرد بالعيب .

فعلى هذا متى أخر المطالبة عن وقت العلم لغير عذر بطلت شفعته ، وإن أخرها لعذر مثل أن يعلم ليلا فيؤخره إلى الصبح أو لشدة جوع أو عطش حتى يأكل ويشرب أو لطهارة أو إغلاق باب أو ليخرج من الحمام أو ليؤذن ويقيم ويأتى بالصلاة وسنتها أو ليشهدها فى جماعة يخاف فوتها لم تبطل شفعته لأن العادة تقديم هذه الحوائج على غيرها فلا يكون الاشتغال بها رضى بترك الشفعه إلا أن يكون المشترى حاضرا عنده فى هذه الأحوال فيمكنه أن يطالبه من غير اشتغاله عن أشغاله فان شفعته تبطل بتركه المطالبة لأن هذا لا يشغله عنها ولا تشغله المطالبة عنه ، فأما مع غيبته فلا لأن العادة تقديم هذه الحوائج فلم يلزمه تأخيرها كما لو أمكنه أن يسرع فى مشيه أو يحرك دابته فلم يفعل ومضى على حسب عادته لم تسقط شفعته لانه طلب بحكم العادة . وإذا فرغ من حوائجه مضى على حسب عادته إلى المشترى ، فإذا

لقيه بدأبالسلام لان ذلك السنة ،وقد جاء فى حديث « من بدأ بالكلام قبل السلام فلا تجيبوه» ثم يطالب ، وإن قال بعد السلام بارك الله لك فى صفقة يمينك أو دعا له بالمغفرة ونحو ذلك لم تبطل شفعته ، لان ذلك يتصل بالسلام فيكون من جملته والدعاء له بالبركة فى الصفقة دعاء لنفسه ، لان الشقص يرجع اليه فلا يكون ذلك رضى ، وان اشتغل بكلام آخر أو سكت لغير حاجة بطلت شفعته لما قدمنا .

(فصل) فإن أخبره بالبيع مخبر فصدقه ولم يطالب بالشفعة بطلب شفعته سواء كان المخبر ممن يقبل خبره أو لا يقبل ، لان العلم قد يحصل بخبر من لا يقبل خبره لقرائن دالة على صدقه . وإن قال لم أصدقه وكان المخبر ممن يحكم بشهادته : كرجلين عدلين بطلت شفعته ، لأن قولهما حجة تثبت بها الحقوق ، وان كان ممن لا يعمل بقوله كالفاسق والصبي لم تبطل شفعته .

وحكى عن أبي يوسف أنها تسقط لأنه خبر يعمل به فى الشرع فى الإذن فى دخول الدار وشبهه فسقطت به الشفعة كخبر العدل

ولنا أنه خبر لايقبل فى الشرع فأشبه قول الطفل والمجنون ، وإن أخبره رجل عدل أو مستور الحال سقطت شفعته ، ويحتمل أن لا تسقط ، ويروى هذا عن أبي حنيفة وزفر ، لان الواحد لا تقوم به البينة

ولنا أنه خبر لا تعتبر فيه الشهادة فقبل من العدل كالرواية والفتيا وسائر الاخبار الدينية ، وفارق الشهادة فإنه يحتاط لها باللفظ والمجلس وحضور المدعى عليه وإنكاره ، ولان الشهادة يعارضها إنكار المنكر وتوجب الحق عليه بخلاف هذا الخبر ، والمرأة فى ذلك كالرجل والعبد كالحر . وقال القاضي هما كالفاسق والصبي ، وهذا مذهب الشافعي لان قولهما لا يثبت به حق

ولنا أن هذا خبر وليس بشهادة ، فاستوى فيه الرجل والمرأة ، والعبد والحر كالرواية والاخبار الدينية ، والعبد من أهل الشهادة فيما عدا الحدود والقصاص ، وهذا مما عداها فأشبه الحر .

(فصـــل) اذا أظهر المشترى أن الثمن أكثر مما وقع العقد به فترك الشفيع الشفعة لم تسقط الشفعة بذلك ، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأى ومالك ، إلا أنه قال بعد أن يحلف ما سلمت الشفعة الا لمكان الثمن الكثير

وقال ابن أبي ليلى : لا شفعة له لانه سلم ورضي

ولنا أنه تركها للعذر فإنه لا يرضاه بالثمن الكثير ويرضاه بالقليل وقد لا يكون معه الكثير فلم تسقط بذلك ، كما لو تركها لعدم العلم ، وكذلك ان أظهر أن المبيع سهام قليلة فبانت كثيرة ، أو أظهر أنهما تبايعا بدنانير فبان أنها دراهم ، أو بدراهم فبانت دنانير : وبهذا قال الشافعي وزفر . وقال أبو حنيفة وصاحباه : إن كانت قيمتها سواء سقطت الشفعة لانهما كالجنس الواحد

ولنا أنهما جنسان فأشبها الثياب والحيوان . ولانه قد تملك بالنقد الذي وقع به البيع دون ما أظهره فيتركه لعدم ملكه له . وكذلك ان أظهر أنه اشتراه بنقد فبان أنه اشتراه بعرض ، أو بعرض فبان أنه بنقد أو بنوع من العرض فبان أنه بغيره أو اشتراه مشتر فبان أنه اشتراه لغيره أو أظهر أنه اشتراه لغيره فبان أنه اشتراه له أو أنه اشتراه لانسان فبان أنه اشتراه لغيره لانه قد يرضى شركة انسان دون غيره ، وقد يحابي انسانا أو يخافه فيترك لذلك . وكذلك ان أظهر أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى نصفه بنصفه ، أو أنه اشترى نصفه بثمن فبان أنه اشترى جميعه بضعفه ، أو أنه اشترى الشقص وحده فبان أنه اشتراه هو وغيره أو أنه اشتراه هو وغيره فبان أنه اشتراه وحده لم تسقط الشفعة في جميع ذلك ، لانه قد يكون له غرض فيما أبطنه دون ما أظهره فيترك لذلك فلم تسقط شفعته ، كما لو أظهر أنه اشتراه بثمن فبان أقل منه . فأما ان أظهر أنه اشتراه بثمن فبان أنه اشتراه بأكثر ، أو أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى به بعضه سقطت شفعته لان الضرر فيما أبطنه أكثر ، فإذا لم يرض به بالثمن القليل مع قلة ضرره فالكثير أولى .

(فصل) وان لقيه الشفيع في غير بلده فلم يطالبه وقال انما تركت المطالبة لاطالبه في البلد الذي فيه البيع أو المبيع أو لاخذ الشقص في موضع الشفعة سقطت شفعته لان ذلك ليس بعذر في ترك المطالبه فإنها لا تقف على تسليم الشقص ولا على حضور البلد الذي هو فيه ، وان قال نسيت فلم أذكر المطالبه أو نسيت البيع سقطت شفعته لانها خيار على الفور فإذا أخره نسيانا بطل كالرد بالعيب وكما لو أمكنت المعتقة زوجها من وطئها نسيانا . ويحتمل ان لا تسقط المطالبة لانه تركها لعذر فأشبه

ما لو تركها لعدم علمه بها ، وان تركها جهلا باستحقاقه لها بطلت كالرد بالعيب .

(فصل) وإذا قال الشفيع للمشترى بعنى ما اشتريت أو قاسمنى بطلت شفعته لانه يدل على رضاه بشرائه وتركه للشفعة ، وان قال صالحنى على مال سقطت أيضا وقال القاضى لا تسقط لانه لم يرض بإسقاطها وانما رضى بالمعاوضة عنها ولم تثبت المعاوضه فبقيت الشفعة .

ولنا أنه رضى بتركها وطلب عوضها فيثبت الترك المرضى به ولم يثبت العوض كما لو قال بعنى فلم يبعه ولان ترك المطالبة بها كاف فى سقوطها فمع طلب عوضها أولى؛ ولاصحاب الشافعى وجهان كهذين فإن صالحه عنها بعوض لم يصح ، وبه قال أبو حنيفة والشافعى ، وقال مالك يصح لانه عوض عن إزالة ملك فجاز أخذ العوض عنه كتمليك امرأة أمرها .

ولنا أنه خيار لا يسقط الى مال فلم يجز أخذ العوض عنه كخيار الشرط ويبطل ما قاله بخيار الشرط ، وأما الخلع فهو معاوضة عما ملكه بعوض وههنا بخلافه

(فصل) وإن قال آخذ نصف الشقص سقطت شفعته ، وبهذا قال محمد بن الحسن وبعض أصحاب الشافعى ، وقال أبو يوسف لا تسقط لان طلبه ببعضها طلب بجميعها لكونها لا تتبعض ولا يجوز أخذ بعضها .

ولنا أنه تارك لطلب بعضها فيسقط ويسقط باقيها لانها لا تتبعض ولا يصح ما ذكره فإن طلب بعضها ليس بطلب لجميعها ومالا يتبعض لا يثبت حتى يثبت السبب فى جميعه كالنكاح ، ويخالف السقوط فإن الجميع يسقط بوجود السبب فى بعضه كالطلاق والعتاق .

(فصل) وان أخذ الشقص بثمن مغصوب ففيه وجهان .

أحدهما : لا تسقط شفعته لانه بالعقد استحق الشقص بمثل ثمنه فى الذمة فإذا عينه فيما لا يملكه سقط التعيين وبقى الاستحقاق فى الذمة فأشبه ما لو أخر الثمن أو كما لو اشترى شيئا آخر ونقد فيه ثمنا مغصوبا .

والثانى : تسقط شفعته لان أخذه للشقص بما لا يصح أخذه به ترك له وإعراض عنه فتسقط الشفعة كما لو ترك الطلب بها .

(فصل) ومن وجبت له الشفعة فباع نصيبه عالما بذلك سقطت شفعته لانه

لم يبق له ملك يستحق به ولان الشفعة ثبتت له لإزالة الضرر الحاصل بالشركة عنه وقد زال ذلك ببيعه ، وان باع بعضه ففيه وجهان .

أحدهما : تسقط أيضا لأنها استحقت بجميعه فإذا باع بعضه سقط ما تعلق بذلك من استحقاق الشفعه فيسقط باقيها لانها لا تتبعض فيسقط جميعها بسقوط بعضها كالنكاح والرق وكما لو عفى عن بعضها .

والثاني : لا تسقط لانه قد بقي من نصيبه ما يستحق به الشفعه في جميع المبيع لو انفرد فكذلك إذا بقي وللمشترى الأول الشفعه على المشترى الثانى فى المسألة الاولى ، وفى الثانيه إذا قلنا تسقط شفعة البائع الاول لأنه شريك فى المبيع وان قلنا . لا تسقط شفعة البائع فله أخذ الشقص من المشترى الاول ، وهل للمشترى الاول شفعة على المشترى الثانى ؟ فيه وجهان .

أحدهما : له الشفعه لأنه شريك فإن الملك ثابت له يملك التصرف فيه بجميع التصرفات ويستحق نماؤه وفوائده واستحقاق الشفعة به من فوائده .

والثاني : لا شفعه له ؛ لأن ملكه يوجد بها فلا تؤخذ الشفعة به ولان ملكه متزلزل ضعيف فلا يستحق الشفعه به لضعفه، والأول أقيس فإن استحقاق أخذه منه لا يمنع أن يستحق به الشفعه كالصداق قبل الدخول والشقص الموهوب للولد فعلى هذا للمشترى الاول الشفعه على المشترى الثانى . سواء أخذ منه المبيع بالشفعة أو لم يؤخذ ، وللبائع الثانى إذا باع بعض الشقص الاخذ من المشترى الأول فى أحد الوجهين ، فأما إن باع الشفيع ملكه قبل علمه بالبيع الأول فقال القاضى : تسقط شفعته أيضا لما ذكرناه ، ولأنه زال السبب الذى يستحق به الشفعه وهو الملك الذى يخاف الضرر بسببه فصار كمن اشترى معيبا فلم يعلم عيبه حتى زال أو حتى باعه ، فعلى هذا حكمه حكم ما لو باع مع علمه سـواء فيما اذا باع جميعه أو بعضه ، وقال أبو الخطاب : لا تسقط شفعته لأنها ثبتت له ولم يوجد منه رضى بتركها ولا مايدل على اسقاطها والاصل بقاؤها فتبقى : وفارق ما إذا علم فإن بيعه دليل على رضاه بتركها ، فعلى هذا للبائع الثانى أخذ الشقص من المشترى الأول فإن عفى عنه فللمشترى الاول أخذ الشقص من المشترى الثانى ، وان أخذ منه فهل للمشترى الاول الأخذ من الثانى ؟ على وجهين .

« مسألة » قال ﴿ ومن كان غائباً وعلم بالبيع فى وقت قدومه فله الشفعة وإن طالت غيبته ﴾

وجملة ذلك : أن الغائب له شفعة فى قول أكثر أهل العلم . روى ذلك عن شريح والحسن وعطاء ، وبه قال مالك والليث والثورى والأوزاعى والشافعى والعنبرى وأصحاب الرأى ، وروى عن النخعى : ليس للغائب شفعة ، وبه قال الحارث العكلى والبتى إلا للغائب القريب لأن إثبات الشفعة له يضر بالمشترى ويمنع من استقرار ملكه وتصرفه على حسب اختياره خوفاً من أخذه فلم يثبت ذلك كثبوته للحاضر على التراخى .

ولنا عموم قوله عليه السلام « الشفعة فيما لم يقسم » وسائر الأحاديث ولأن الشفعة حق مالى وجد سببه بالنسبة الى الغائب فيثبت له كالإرث ولأنه شريك لم يعلم بالبيع فتثبت له الشفعة عند علمه كالحاضر إذا كتم عنه البيع والغائب غيبة قريبة وضرر المشترى يندفع بإيجاب القيمة له كما فى الصورة المذكورة .

إذا ثبت هذا : فإنه إذا لم يعلم بالبيع إلا وقت قدومه فله المطالبة وان طالت غيبته لأن هذا الخيار يثبت لإزالة الضرر عن المال فتراخى الزمان قبل العلم به لا يسقطه كالرد بالعيب ومتى علم فحكمه فى المطالبة حكم الحاضر فى أنه إن طالب على الفور استحق والا بطلت شفعته وحكم المريض والمحبوس وسائر من لم يعلم البيع لعذر حكم الغائب لما ذكرنا .

« مسأله » قال (وان علم وهو فى السفر فلم يشهد على مطالبته فلا شفعة له)

ظاهر هذا أنه متى علم الغائب بالبيع وقدر على الإشهاد وعلى المطالبه فلم يفعل أن شفعته تسقط سواء قدر على التوكيل أو عجز عنه أو سار عقيب العلم أو أقام وهو ظاهر كلام أحمد فى رواية أبى طالب فى الغائب له الشفعه إذا بلغه أشهد وإلا فليس له شىء وهو وجه للشافعى ، والوجه الآخر لا يحتاج الى الإشهاد لانه اذا ثبت عذره فالظاهر أنه ترك الشفعه لذلك . فقبل قوله فيه .

ولنا أنه قد يترك الطلب للعذر وقد يترك لغيره وقد يسير لطلب الشفعة وقد يسير لغيره وقد قدر أن يبين ذلك بالإشهاد فإذا لم يفعل سقطت شفعته كتارك

الطلب مع حضوره ، وقال القاضى : ان سار عقيب علمه الى البلد الذى فيه المشترى من غير اشهاد ، احتمل أن لا تبطل شفعته لأن ظاهر سيره أنه للطلب وهو قول أصحاب الرأى والعنبرى وقول للشافعى .

وقال أصحاب الرأى : له من الأجل بعد العلم قدر السير فإن مضى الأجل قبل أن يبعث أو يطلب بطلت شفعته ، وقال العنبرى له مسافة الطريق ذاهباً وجائياً لأن عذره فى ترك الطلب ظاهر فلم يحتج معه الى الشهادة .

وقد ذكرنا وجه قول الخرقى : ولا خلاف فى أنه اذا عجز عن الإشهاد فى سفره أن شفعته لا تسقط لانه معذور فى تركه فأشبه ما لو ترك الطلب لعذره أو لعدم العلم ومتى قدر على الإشهاد فأخره كان كتأخير الطلب للشفعة ان كان لعذر لم تسقط الشفعة ، وان كان لغير عذر سقطت لان الاشهاد قائم مقام الطلب ونائب عنه فيعتبر له ما يعتبر للطلب ، ومن لم يقدر الا على اشهاد من لا تقبل شهادته كالصبي والمرأة والفاسق فترك الاشهاد لم تسقط شفعته بتركه لان قولهم غير معتبر فلم يلزم اشهادهم كالاطفال والمجانين .

وان لم يجد من يشهده الا من لا يقدم معه الى موضع المطالبه فلم يشهد فالأولى أن شفعته لا تبطل لان اشهاده لا يفيد فأشبه اشهاد من لا تقبل شهادته فإن لم يجد الا مستورى الحال فلم يشهدهما ، احتمل أن تبطل شفعته لان شهادتهما يمكن اثباتها بالتزكية فأشبها العدلين .

ويحتمل أن لا تبطل لانه يحتاج فى اثبات شهادتهما الى كلفة كثيرة وقد لا يقدر على ذلك فلا تقبل شهادتهما وان أشهدهما لم تبطل شفعته سواء قبلت شهادتهما أو لم تقبل لانه لم يمكنه أكثر من ذلك فأشبه العاجز عن الاشهاد ، وكذلك ان لم يقدر الا على اشهاد واحد فأشهده أو ترك اشهاده .

(فصل) اذا أشهد على المطالبة ثم أخر القدوم مع امكانه فظاهر كلام الخرقى أن الشفعه بحالها ، وقال القاضى : تبطل شفعته وان لم يقدر على المسير وقدر على التوكيل فى طلبها ، فلم يفعل بطلت أيضا لأنه تارك للطلب بها مع قدرته عليه فسقطت كالحاضر أوكما لو لم يشهد ، وهذا مذهب الشافعى الا أن لهم فيما اذا قدر على التوكيل فلم يفعل وجهين .

أحدهما لا تسقط شفعته ، لان له غرضا بأن يطالب لنفسه لكونه أقوم بذلك أو يخاف الضرر من جهة وكيله بأن يقر عليه برشوة أو غير ذلك فيلزمه اقراره فكان معذوراً .

ولنا أن عليه فى السفر ضرراً لالتزامه كلفته وقد يكون له حوائج وتجارة ينقطع عنها وتضيع بغيبته ، والتوكيل ان كان بجعل لزمه غرم وان كان بغير جعل لزمته منة ويخاف الضرر من جهته فاكتفى بالإشهاد ، فأما ان ترك السفر لعجزه عنه أو لضرر يلحقه فيه لم تبطل شفعته وجها واحداً لانه معذور فأشبه من لم يعلم وان لم يقدر على الاشهاد وأمكنه السفر أو التوكيل فلم يفعل بطلت شفعته لأنه تارك للطلب بها مع امكانه من غير وجود ما يقوم مقام الطلب فسقطت كما لو كان حاضراً .

(فصل) ومن كان مريضا مرضا لا يمنع المطالبة كالصداع اليسير والالم القليل فهو كالصحيح وان كان مرضا يمنع المطالبة كالحمى وأشباهها فهو كالغائب فى الاشهاد والتوكيل ، وأما المحبوس فإن كان محبوسا ظلما أو بدين لا يمكنه أداؤه فهو كالمريض فإن كان محبوسا بحق يلزمه أداؤه وهو قادر عليه فهو كالمطلق ان لم يبادر الى المطالبة ولم يوكل فيها بطلت شفعته لانه تركها مع القدرة عليها .

« مسألة » قال ﴿ فإن لم يعلم حتى تبايع ذلك ثلاثة أو أكثر كان له أن يطالب بالشفعه من شاء منهم فإن طالب الأول رجع الثانى بالثمن الذى أخذ منه والثالث على الثانى ﴾

وجملة ذلك : أن المشترى اذا تصرف فى المبيع قبل أخذ الشفيع أو قبل علمه فتصرفه صحيح لانه ملكه وصح قبضه له ولم يبق الا ان الشفيع ملك أن يتملكه عليه وذلك لا يمنع من تصرفه كما لو كان أحد العوضين فى البيع معيبا لم يمنع التصرف فى الآخر . والموهوب له يجوز له التصرف فى الهبه وان كان الواهب ممن له الرجوع فيه ، فمتى تصرف فيه تصرفا صحيحا تجب به الشفعه مثل أن باعه فالشفيع بالخيار ان شاء فسخ البيع الثانى وأخذه بالبيع الاول بثمنه لان الشفعه وجبت له قبل تصرف المشترى ، وان شاء أمضى تصرفه وأخذ بالشفعة من المشترى

الثانى لأنه شفيع فى العقدين فكان له الأخذ بما شاء منهما ، وإن تبـايع ذلك ثلاثة فله أن يأخذ المبيع بالبيع الأول وينفسخ العقدان الاخيران : وله أن يأخذه بالثانى وينفسخ الثالث وحـــده ، وله أن يأخذه بالثالث ، ولا ينفسخ شيء من العقود : فإذا أخذه من الثالث دفع اليه الثمن الذى اشترى به ولم يرجع على أحد لانه وصل اليه الثمن الذى اشترى به ، وإن أخذ من الثانى الثمن دفع اليه الذى اشترى به ورجع الثالث عليه بما أعطاه لانه قد انفسخ عقده وأخذ الشقص منه فيرجع بثمنه على الثانى لانه أخذه منه .

وإن أخذ بالبيع الاول دفع الى المشترى الاول الثمن الذى اشترى به وانفسخ عقد الآخرين ورجع الثالث على الثانى بما أعطاه ، ورجع الثانى على الاول بما أعطاه فإذا كان الاول اشتراه بعشرة ثم اشتراه الثانى بعشرين ثم اشتراه الثالث بثلاثين فأخذه بالبيع الاول دفع إلى الاول عشرة : وأخذ الثانى من الاول عشرين وأخذ الثالث من الثانى ثلاثين ، لأن الشقص إنما يؤخذ من الثالث لكونه فى يده وقد انفسخ عقده فيرجع بثمنه الذى ورثه . ولا نعلم فى هذا خلافا . وبه يقول مالك والشافعى والعنبرى وأصحاب الرأى . وما كان فى معنى البيع مما تجب به الشفعة فهو كالبيع فيما ذكرنا ، وان كان مما لا تجب به الشفعة فهو كالهبة والوقف على ما سنذكره ان شاء الله تعالى

فصل

وإن تصرف المشترى فى الشقص بما لا تجب به الشفعة كالوقف والهبة والرهن وجعله مسجداً ، فقال أبو بكر : للشفيع فسخ ذلك التصرف ويأخذه بالثمن الذى وقع البيع به . وهو قول مالك والشافعى وأصحاب الرأى ، لأن الشفيع ملك فسخ البيع الثانى والثالث مع امكان الاخذ بهما ، فبأن يملك فسخ عقد لا يمكنه الاخذ به أولى ، ولان حق الشفيع أسبق وجنبته أقوى فلم يملك المشترى أن يتصرف تصرفا يبطل حقه . ولا يمتنع أن يبطل الوقف لأجل حق الغير ، كما لو وقف المريض أملاكه وعليه دين ، فانه اذا مات رد الوقف الى الغرماء والورثة فيما زاد على ثلثه بل لهم ابطال العتق فالوقف أولى

وقال القاضى : المنصوص عن أحمد فى رواية على بن سعيد وبكر بن محمد اسقاط

الشفعة فيما اذا تصرف بالوقف والهبة . وحكى ذلك عن الماسرجسي في الوقف . لأن الشفعة انما تثبت في المملوك . وقد خرج هذا عن كونه مملوكاً . وقال ابن أبي موسى : من اشترى داراً فجعلها مسجداً فقد استهلكها ولا شفعة فيها ، ولان في الشفعة ههنا اضرارا بالموهوب له والموقوف عليه ، لأن ملكه يزول عنه بغير عوض ولا يزال الضرر بالضرر بخلاف البيع . فإنه اذا فسخ البيع الثاني رجع المشترى الثاني بالثمن الذي أخذ منه فلا يلحقه ضرر . ولان ثبوت الشفعة ههنا يوجب رد العوض الى غير المالك وسلبه عن المالك . فإذا قلنا بسقوط الشفعة فلا كلام . وان قلنا بثبوتها فإن الشفيع يأخذ الشقص ممن هو في يده ويفسخ عقده ويدفع الثمن الى المشترى . وحكى عن مالك أنه يكون للموهوب له لانه يأخذ ملكه

ولنا أن الشفيع يبطل الهبة ويأخذ الشقص بحكم العقد الاول : ولو لم يكن وهب كان الثمن له كذلك بعد الهبة المفسوخة

(فصـــل)

فإن جعله صـــداقا أو عوضا في خلع أو صلح عن دم عمد انبنى ذلك على الوجهين في الاخذ بالشفعة ، فإن قايل البائع المشترى أو رده عليه بعيب فللشفيع فسخ الإقالة والرد والاخذ بالشفعة ، لان حقه سابق عليها ولا يمكنه الاخذ معهما وان تحالفا على الثمن وفسخا البيع فللشفيع أن يأخذ الشقص بما حلف عليه البائع لان البائع مقر بالبيع بالثمن الذي حلف عليه ومقر للشفيع باستحقاق الشفعة بذلك . فإذا بطل حق المشترى بإنكاره لم يبطل حق الشفيع بذلك ، وله أن يبطل فسخهما ويأخذ لان حقه أسبق

(فصـل) وان اشترى شقصا بعبد ثم وجد بائع الشقص بالعبد عيباً فله رد العبد واسترجاع الشقص ويقدم على حق الشفيع ، لان في تقديم حق الشفيع اضراراً بالبائع بإسقاط حقه من الفسخ الذي استحقه ، والشفعة لا تثبت لإزالة الضرر فلا تثبت على وجه يحصل بها الضرر ، فان الضرر لا يزال بالضرر ، وقال أصحاب الشـــافعي في أحد الوجهين يقدم حق الشفيع ، لان حقه أسبق فوجب تقديمه كما لو وجد المشترى بالشقص عيبا فرده

ولنا أن في الشفعة ابطال حق البائع وحقه أسبق ، لأنه استند الى وجود

العيب وهو موجود حال البيع ، والشفعة ثبتت بالبيع فكان حق البائع سابقا وفى الشفعة إبطاله فلم تثبت ، ويفارق ما إذا كان الشقص معيبا ، فإن حق المشترى إنما هو فى استرجاع الثمن ، وقد حصل له من الشفيع فلا فائدة فى الرد . وفى مسألتنا حق البائع فى استرجاع الشقص ، ولا يحصل ذلك مع الأخذ بالشفعة فافترقا ، فإن لم يرد البائع العبد المعيب حتى أخذ الشفيع كان له رد العبد ولم يملك استرجاع المبيع ، لأن الشفيع ملكه بالأخذ فلم يملك البائع إبطال ملكه كما لو باعه المشترى لأجنبي فإن الشفعة بيع فى الحقيقة : ولكن يرجع بقيمة الشقص لأنه بمنزلة التالف والمشترى قد أخذ من الشفيع قيمة العبد فهل يتراجعان ؟ فيه وجهان .

أحدهما لا يتراجعان لان الشفيع أخذ بالثمن الذى وقع عليه العقد ، وهو قيمة العبد صحيحا لاعيب فيه ، بدليل أن البائع إذا علم بالعيب ملك رده ، ويحتمل أن يأخذه بقيمته معيبا ، لأنه إنما أعطى عبداً معيبا فلا يأخذ قيمة غير ما أعطى .

والثانى يتراجعان ، لأن الشفيع إنما يأخذ بالثمن الذى استقر عليه العقد ، والذى استقر عليه العقد قيمة الشقص ، فإذا قلنا يتراجعان فأيهما كان ما دفعه أكثر رجع بالفضل على صاحبه ، وان لم يرد البائع العبد ولكن أخذ أرشه لم يرجع المشترى على الشفيع بشيء ، لأنه إنما دفع اليه قيمة العبد غير معيب ، وان أدى قيمته معيبا رجع المشتري عليه بما أدى من أرشه ، وان عفا عنه ولم يأخذ أرشا لم يرجع الشفيع عليه بشيء ، لأن البيع لازم من جهة المشترى لا يملك فسخه فأشبه ما لو حط عنه بعض الثمن بعد لزوم العقد ، وان عاد الشقص الى المشترى ببيع أو هبة أو إرث أو غيره فليس للبائع أخذه بالبيع الاول ، لان ملك المشترى زال عنه وانقطع حقه منه وانتقل حقه الى القيمة ، فإذا أخذها لم يبق له حق بخلاف ما لو غصب شيئا لم يقدر على رده فأدى قيمته ، ثم قدر عليه فإنه يرده لان ملك المغصوب لم يزل عنه

(فصل) ولو كان ثمن الشقص مكيلا أو موزونا فتلف قبل قبضه بطل البيع وبطلت الشفعة . لانه تعذر التسليم فتعذر إمضاء العقد فلم تثبت الشفعة ، كما لو فسخ البيع فى مدة الخيار بخلاف الاقالة والرد بالعيب ، وان كان الشفيع قد أخذ

الشقص فهو كما لو أخذه فى المسألة التى قبلها ، لأن لمشترى الشقص التصرف فيه قبل تقبيض ثمنه ، فأشبه ما لو اشتراه منه أجنبى

فصل

وان اشترى شقصا بعبد أو ثمن معين فخرج مستحقا فالبيع باطل ولا شفعة فيه لانها إنما تثبت فى عقد ينقل الملك الى المشترى ، وهو العقد الصحيح . فأما الباطل فوجوده كعدمه ، فإن كان الشفيع قد أخذ بالشفعة لزمه رد ما أخذ على البائع ولا يثبت ذلك الا ببينة أو إقرار من الشفيع والمتبايعين ، فإن أقر المتبايعان وأنكر الشفيع لم يقبل قولهما عليه وله الاخذ بالشفعة ويرد العبد على صاحبه ويرجع البائع على المشترى بقيمة الشقص .

وان أقر الشفيع والمشترى دون البائع لم تثبت الشفعة ووجب على المشترى رد قيمة العبد على صاحبه ويبقى الشقص معه يزعم أنه للبائع والبائع ينكره ويدعى عليه وجوب رد العبد والبائع ينكره فيشترى الشقص منه ويتبارآن . وان أقر الشفيع والبائع وأنكر المشترى وجب على البائع رد العبد على صاحبه ولم تثبت الشفعة ولم يملك البائع مطالبة المشترى بشىء ، لان البيع صحيح فى الظاهر وقد أدى ثمنه الذى هو ملكه فى الظاهر . وإن أقر الشفيع وحده لم تثبت الشفعة ولا يثبت شىء من أحكام البطلان فى حق المتبايعين . فأما ان اشترى الشقص بثمن فى الذمة ثم نقد الثمن فبان مستحقا كانت الشفعة واجبة ، لأن البيع صحيح ، فإن تعذر قبض الثمن من المشترى لإعساره أو غيره فللبائع فسخ البيع ويقدم حق الشفيع ، لأن الأخذ بها يحصل للمشترى مايوفيه ثمنا فتزول عسرته ويحصل الجمع بين الحقين فكان أولى

(فصل) وإذا وجبت الشفعة وقضى القاضى بها والشقص فى يد البائع ودفع الثمن الى المشترى ، فقال البائع للشفيع أقلنى فأقاله لم تصح الإقالة ، لأنها تصح بين المتبايعين ، وليس بين الشفيع والبائع بيع وإنما هو مشتر من المشترى ، فإن باعه إياه صح البيع لأن العقار يجوز التصرف فيه قبل قبضه

« مسألة » قال (وللصغير اذا كبر المطالبة بالشفعة)

وجملة ذلك أنه إذا بيع فى شركة الصغير شقص ثبتت له الشفعة فى قول عامة

الفقهاء منهم الحسن وعطاء ومالك والاوزاعى والشافعى وسوار والعنبرى وأصحاب الرأى . وقال ابن أبى ليلى لا شفعة له . وروى ذلك عن النخعى والحارث العكلى لأن الصبى لا يمكنه الأخذ ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ لما فيه من الاضرار بالمشترى وليس للولى الأخذ ، لأن من لا يملك العفو لا يملك الاخذ

ولنا عموم الاحاديث ، ولانه خيار جعل لإزالة الضرر عن المال فيثبت فى حق الصبى كخيار الرد بالعيب . قولهم لا يمكن الاخذ غير صحيح ، فإن الولى يأخذ بها كما يرد المعيب ، وقولهم لا يمكنه العفو يبطل بالوكيل فيها وبالرد بالعيب ، فإن ولى الصبى لا يمكنه العفو ويمكنه الرد، ولان فى الاخذ تحصيلا للملك للصبى ونظراً له ، وفى العفو تضييع وتفريط فى حقه ولا يلزم من ملك ما فيه الحظ ملك مافيه تضييع ، ولان العفو إسقاط لحقه والاخذ استيفاء له ، ولا يلزم من ملك الولى استيفاء حق المولى عليه ملك إسقاطه بدليل سائر حقوقه وديونه ، وان لم يأخذ الولى انتظر بلوغ الصبى كما ينتظر قدوم الغائب ، وما ذكروه من الضرر فى الانتظار يبطل بالغائب .

إذا ثبت هذا فإن ظاهر قول الخرقى أن للصغير إذا كبر الاخذ بها ، سواء عفا عنها الولى أو لم يعف ، وسواء كان الحظ فى الاخذ بها أو فى تركها: وهو ظاهر كلام أحمد فى رواية ابن منصور له الشفعه اذا بلغ فاختار ولم يفرق : وهذا قول الاوزاعى وزفر ومحمد بن الحسن ، وحكاه بعض أصحاب الشافعى عنه ، لان المستحق للشفعة يملك الاخذ بها ، سواء كان الحظ فيها أو لم يكن ، فلم يسقط بترك غيره كالغائب اذا ترك وكيله الاخذ بها . وقال أبو عبد الله بن حامد : ان تركها الولى لحظ الصبى أو لأنه ليس للصبى ما يأخذها به سقطت ، وهذا ظاهر مذهب الشافعى لان الولى فعل ماله فعله فلم يجز للصبى نقضه كالرد بالعيب ، ولانه فعل مافيه الحظ للصبى فصح كالاخذ مع الحظ وان تركها لغير ذلك لم تسقط . وقال أبو حنيفه : تسقط بعفو الولى عنها فى الحالين ، لان من ملك الاخذ بها ملك العفو عنها كالمالك وخالفه صاحباه فى هذا لانه أسقط حقا للمولى عليه لا حظ له فى اسقاطه فلم يصح كالابراء واسقاط خيار الرد بالعيب ، ولا يصح قياس الولى على المالك لان للمالك التبرع والابراء وما لا حظ له فيه بخلاف الولى

فصــــل

فأما الولى فإن كان للصبي حظ فى الأخذ بها مثل أن يكون الشراء رخيصاً أو بثمن المثل وللصبي مال لشراء العقار لزم وليه الأخذ بالشفعة لأن عليه الاحتياط له والأخذ بما فيه الحظ فإذا أخذ بها ثبت الملك للصبي ولم يملك نقضه بعد البلوغ فى قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعى وأصحاب الرأى : وقال الأوزاعى ليس للولى الأخذ بها لأنه لا يملك العفو عنها فلا يملك الأخذ بها كالاجنبي وإنما يأخذ بها الصبي إذا كبر ، ولا يصح هذا لانه خيار جعل لإزالة الضرر عن المال فملكه الولى فى حق الصبي كالرد بالعيب ، وقد ذكرنا فساد قياسه فيما مضى فإن تركها الولى مع الحظ فللصبي الاخذ بها إذا كبر ولا يلزم الولى لذلك غرم لانه لم يفوت شيئا من ماله وانما ترك تحصيل ماله الحظ فيه فأشبه ما لو ترك شراء العقار مع الحظ فى شرائه وإن كان الحظ فى تركها مثل أن يكون المشترى قد غبن أو كان فى الاخذ بها يحتاج إلى أن يستقرض ويرهن مال الصبي فليس له الاخذ لانه لا يملك فعل ما لا حظ للصبي فيه فإن أخذ فهل يصح ؟ على روايتين .

إحداهما : لا يصح ويكون باقيا على ملك المشترى لانه اشترى له ما لا يملك شراءه فلم يصح كما لو اشترى بزيادة كثيرة على ثمن المثل أو اشترى معيبا يعلم عيبه ، ولا يملك الولى المبيع لان الشفعة تؤخذ بحق الشركة ولا شركة للولى ولذلك لو أراد الاخذ لنفسه لم يصح فأشبه ما لو تزوج لغيره بغير إذنه فإنه يقع باطلا ولا يصح لواحد منهما . كذا ههنا وهذا مذهب الشافعى

والرواية الثانية : يصح الاخذ للصبي لانه يشترى له ما يندفع عنه الضرر به فصح كما لو اشترى معيبا لا يعلم عيبه والحظ يختلف ويخفى فقد يكون له حظ فى الاخذ بأكثر من ثمن المثل لزيادة قيمة ملكه والشقص الذى يشتريه بزوال الشركة أو لان الضرر الذى يندفع بأخذه كثير فلا يمكن اعتبار الحظ بنفسه لخفائه ولا بكثرة الثمن لما ذكرناه فسقط اعتباره وصح البيع .

(فصل) واذا باع وصى الايتام فباع لأحدهم نصيبا فى شركة آخر كان له الاخذ للآخر بالشفعة لانه كالشراء له وإن كان الوصى شريكا لمن باع عليه لم يكن

له الاخذ لانه متهم فى بيعه ولانه بمنزله من يشترى لنفسه من مال يتيمه ولو باع الوصى نصيبه كان له الاخذ لليتيم بالشفعة إذا كان له الحظ فيها لان التهمة منتفية فإنه لا يقدر على الزيادة فى ثمنه لكون المشترى لا يوافقه ولان الثمن حاصل له من المشترى كحصوله من اليتيم بخلاف بيعه مال اليتيم فإنه يمكنه تقليل الثمن ليأخذ الشقص به فاذا رفع الامر إلى الحاكم فباع عليه فللوصى الاخذ حينئذ لعدم التهمة ، وإن كان مكان الوصى أب فباع شقص الصبى فله أن يأخذه بالشفعة لان له أن يشترى من نفسه مال ولده لعدم التهمة وإن بيع شقص فى شركة حمل لم يكن لوليه أن يأخذ له بالشفعة لانه لا يمكن تمليكه بغير الوصية وإذا ولد الحمل ثم كبر فله الاخذ بالشفعة كالصبى إذا كبر .

(فصل) واذا عفا ولى الصبى عن شفعته التى له فيها حظ ثم أراد الاخذ بها فله ذلك فى قياس المذهب لانها لم تسقط باسقاطه ولذلك ملك الصبي الاخذ بها اذا كبر ولو سقطت لم يملك الاخذ بها ويحتمل أن لا يملك الاخذ بها لان ذلك يؤدى الى ثبوت حق الشفعة على التراخى وذلك على خلاف الخبر والمعنى ويخالف أخذ الصبي بها اذا كبر لان الحق يتجدد له عند كبره فلا يملك تأخيره حينئذ وكذلك أخذ الغائب بها اذا قدم فأما ان تركها لعدم الحظ فيها ثم أراد الاخذ بها والامر على ما كان لم يملك ذلك كما لم يملكه ابتداء وان صار فيها حظ أو كان معسراً عند البيع فأيسر بعد ذلك انبنى ذلك على سقوطها بذلك فان قلنا لا تسقط وللصبي الاخذ بها اذا كبر فحكمها حكم ما فيه الحظ وان قلنا تسقط فليس له الاخذ بها بحال لانها قد سقطت على الاطلاق فأشبه ما لو عفا الكبير عن شفعته .

(فصل) والحكم فى المجنون المطبق كالحكم فى الصبي سواء لانه محجور عليه لحظه وكذلك السفيه لذلك ، وأما المغمى عليه فلا ولاية عليه وحكمه حكم الغائب والمجنون ينتظر افاقته ، وأما المفلس فله الاخذ بالشفعة والعفو عنها وليس لغرمائه الاخذ بها لان الملك لم يثبت لهم فى أملاكه قبل قسمتها ولا اجباره على الاخذ بها لانها معاوضة فلا يجبر عليها كسائر المعاوضات وليس لهم اجباره على العفو لانه اسقاط حق فلا يجبر عليه وسواء كان له حظ فى الاخذ بها أو لم يكن لانه يأخذ فى ذمته وليس بمحجور عليه فى ذمته لكن لهم منعه من دفع ماله فى ثمنها لتعلق حقوقهم

بماله فأشبه ما لو اشترى فى ذمته شقصاً غير هذا ومتى ملك الشقص المأخوذ بالشفعة تعلقت حقوق الغرماء به سواء أخذه برضاهم أو بغيره لأنه مال له فأشبه ما لو اكتسبه ، وأما المكاتب فله الأخذ والترك وليس لسيده الاعتراض عليه لأن التصرف يقع له دون سيده فأما المأذون له فى التجارة من العبيد فله الأخذ بالشفعة لأنه مأذون له فى الشراء وإن عفا عنها لم ينفذ عفوه لأن الملك لسيده ولم يأذن له فى إبطال حقوقه ، وإن أسقطها السيد سقطت ولم يكن للعبد أن يأخذ لأن للسيد الحجر عليه ولأن الحق قد أسقطه مستحقه فيسقط بإسقاطه .

(فصل) وإذا بيع شقص فى شركة مال المضاربة فللعامل الأخذ بها إذا كان الحظ فيها فإن تركها فلرب المال الأخذ لأن مال المضاربة ملكه ولا ينفذ عفو العامل لأن الملك لغيره فلم ينفذ عفوه كالمأذون له وإن اشترى المضارب بمال المضاربة شقصاً فى شركة رب المال فهل لرب المال فيه شفعة ؟ على وجهين مبنيين على شراء رب المال من مال المضاربة وقد ذكرناهما ، وإن كان المضارب شفيعه ولا ربح فى المال فله الأخذ بها لان الملك لغيره وإن كان فيه ربح وقلنا لا يملك بالظهور فكذلك وإن قلنا يملك بالظهور ففيه وجهان كرب المال ومذهب الشافعى فى هذا كله على ما ذكرنا فإن باع المضارب شقصا فى شركته لم يكن له أخذه بالشفعة لانه متهم فأشبه شراءه من نفسه .

(فصل) ولا شفعة بشركة الوقف ذكره القاضيان ابن أبى موسى وأبو يعلى وهو ظاهر مذهب الشافعى لانه لا يؤخذ بالشفعة فلا تجب فيه كالمجاور وغير المنقسم ولاننا إن قلنا هو غير مملوك فالموقوف عليه غير مالك وإن قلنا هو مملوك فملكه غير تام لانه لا يفيد إباحة التصرف فى الرقبة فلا يملك به ملكا تاما ، وقال أبو الخطاب إن قلنا هو مملوك وجبت به الشفعة لانه مملوك بيع فى شركته شقص فوجبت به الشفعة كالطلق ولان الضرر يندفع عنه بالشفعة كالطلق فوجبت فيه كوجوبها فى الطلق وإنما لم يستحق بالشفعة لان الاخذ بها بيع وهو مما لا يجوز بيعه .

« مسألة » قال (وإذا بنى المشترى أعطاه الشفيع قيمة بنائه إلا أن يشاء المشترى أن يأخذ بناءه فله ذلك اذا لم يكن فى أخذه ضرر)

وجملته أنه يتصور بناء المشترى وغرسه فى الشقص المشفوع على وجه مباح فى مسائل (منها) أن يظهر المشترى أنه وهب له أو أنه اشتراه بأكثر من ثمنه أو غير ذلك مما يمنع الشفيع من الاخذ بها فيتركها ويقاسمه ثم يبنى المشترى ويغرس فيه (ومنها أن يكون غائبا فيقاسمه وكيله أو صغيراً فيقاسمه وليه ونحو ذلك ثم يقدم الغائب أو يبلغ الصغير فيأخذ بالشفعة وكذلك ان كان غائبا أو صغيراً فطالب المشترى الحاكم بالقسمة فقاسم ثم قدم الغائب وبلغ الصغير فأخذه بالشفعة بعد غرس المشترى وبنائه فان للمشترى قلع غرسه وبنائه ان اختار ذلك لانه ملكه فإذا قلعه فليس عليه تسوية الحفر ولا نقص الارض ذكره القاضى وهو مذهب الشافعى لانه غرس وبنى فى ملكه وما حدث من النقص انما حدث فى ملكه وذلك مما لا يقابله ثمن ، وظاهر كلام الخرقى أن عليه ضمان النقص الحاصل بالقلع لانه اشترط فى الغرس والبناء عدم الضرر وذلك لانه نقص دخل على ملك غيره لاجل تخليص ملكه فلزمه ضمانه كما لو كسر محبرة غيره لاخراج ديناره منها ، وقولهم ان النقص حصل فى ملكه ليس كذلك فان النقص الحاصل بالقلع انما هو فى ملك الشفيع فأما نقص الارض الحاصل بالغرس والبناء فلا يضمنه لما ذكروه فان لم يختر المشترى القلع فالشفيع بالخيار بين ثلاثة أشياء : ترك الشفعة وبين دفع قيمة الغراس والبناء فيملكه مع الارض وبين قلع الغرس والبناء ويضمن له ما نقص بالقلع وبهذا قال الشعبي والاوزاعى وابن أبى ليلى ومالك والليث والشافعى والبتى وسوار واسحاق ، وقال حماد بن أبى سليمان والثورى وأصحاب الرأى يكلف المشترى القلع ولا شيء له لانه بنى فيما استحق غيره أخذه فأشبه الغاصب ولانه بنى فى حق غيره بغير اذنه فأشبه ما لو بانت مستحقة

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » ولا يزول الضرر عنهما الا بذلك ولانه بنى فى ملكه الذى تملك بيعه فلم يكلف قلعه مع الاضرار كما لو لم يكن مشفوعا ، وفارق ما قاسوا عليه فإنه بنى فى ملك غيره ولانه عرق ظالم وليس لعرق ظالم حق بخلاف مسألتنا فانه غير ظالم فيكون له حق .

اذا ثبت هذا فانه لا يمكن ايجاب قيمته مستحقا للبقاء فى الارض لانه لا يستحق ذلك ، ولا قيمته مقلوعا لانه لو وجبت قيمته مقلوعا لملك قلعه ولم يضمن شيئا ولانه

قد يكون مما لا قيمة له اذا قلعه ولم يذكر أصحابنا كيفية وجوب القيمة فالظاهر أن الارض تقوّم وفيها الغراس والبناء ثم تقوم خالية منهما فيكون ما بينهما قيمة الغرس والبناء فيدفعه الشفيع الى المشترى ان أحب أو ما نقص منه ان اختار القلع لان ذلك هو الذى زاد بالغرس والبناء ، ويحتمل أن يقوم الغرس والبناء ، مستحقا للترك بالاجرة أو لأخذه بالقيمة اذا امتنعا من قلعه فان كان للغرس وقت يقلع فيه فيكون له قيمة وان قلع قبله لم يكن له قيمة أو تكون قيمته قليلة فاختار الشفيع قلعه قبل وقته فله ذلك لانه يضمن النقص فيجبر به ضرر المشترى سواء كثر النقص أو قل ويعود ضرر كثرة النقص على الشفيع وقد رضى باحتماله ، وان غرس أو بنى مع الشفيع أو وكيله فى المشاع ثم أخذه الشفيع فالحكم فى أخذ نصيبه من ذلك كالحكم فى أخذ جميعه بعد المقاسمة .

(فصل) وان زرع فى الارض فللشفيع الاخذ بالشفعة ويبقى زرع المشترى الى أوان الحصاد لان ضرره لا يتباقى ولا أجرة عليه لانه زرعه فى ملكه ، ولان الشفيع اشترى الارض وفيها زرع للبائع فكان له مبقى الى الحصاد بلا أجرة كغير المشفوع ، وان كان فى الشجر ثمر ظاهر أثمر فى ملك المشترى فهو له مبقى الى الجذاذ كالزرع ،

(فصل) واذا نمى المبيع فى يد المشترى لم يخل من حالين .

أحدهما : أن يكون نماء متصلا كالشجر اذا كثر أو ثمرة غير ظاهرة فان الشفيع يأخذه بزيادته لان هذه زيادة غير متميزة فتبعت الاصل كما لو رد بعيب أو خيار أو اقالة ، فان قيل فلم لا يرجع الزوج فى نصفه زائداً اذا طلق قبل الدخول ؟ قلنا : لان الزوج يقدر على الرجوع بالقيمة اذا فاته الرجوع بالعين ، وفى مسألتنا اذا لم يرجع فى الشقص سقط حقه من الشفعة فلم يسقط حقه من الاصل لأجل ما حدث من البائع ، واذا أخذ الاصل تبعه نماؤه المتصل كما ذكرنا فى الفسوخ كلها .

الحال الثانى : أن تكون الزيادة منفصلة كالغلة والاجرة والطلع المؤبر والثمرة الظاهرة فهى للمشترى لا حق للشفيع فيها لانها حدثت فى ملكه وتكون للمشترى مبقاة فى رءوس النخل الى الجذاذ لان أخذ الشفيع من المشترى شراء ثان فيكون

حكمه حكم ما لو اشترى برضاه ، فإن اشتراه وفيه طلع غير مؤبر فأبره ثم أخذه الشفيع أخذ الأصل دون الثمرة ، ويأخذ الأرض والنخيل بحصتهما من الثمن كما لو كان المبيع شقصا وسيفاً .

(فصل) وإن تلف الشقص أو بعضه فى يد المشترى فهو من ضمانه ، لأنه ملكه تلف فى يده ثم إن أراد الشفيع الأخذ بعد تلف بعضه أخذ الموجود بحصته من الثمن سواء كان التلف بفعل الله تعالى أو بفعل آدمى ، وسواء تلف باختيار المشترى كنقضه للبناء أو بغير اختياره مثل أن انهدم ، ثم إن كانت الأنقاض موجودة أخذها مع العرصة بالحصة وان كانت معدومة أخذ العرصة وما بقى من البناء ، هذا ظاهر كلام أحمد فى رواية ابن القاسم ، وهذا قول الثورى والعنبرى وأبى يوسف وقول الشافعى ، وقال أبو عبد الله بن حامد : إن كان التلف بفعل آدمى كما ذكرنا ، وان كان بفعل الله تعالى كانهدام البناء بنفسه أو حريق أو غرق فليس للشفيع أخذالباقى إلا بكل الثمن أويترك، وهذا قول أبى حنيفة وقول الشافعى لأنه متى كان النقص بفعل آدمى رجع بدله إلى المشترى فلا يتضرر ومتى كان بغير ذلك لم يرجع اليه شىء فيكون الأخذ منه إضراراً به والضرر لا يزال بالضرر .

ولنا أنه تعذر على الشفيع أخذ الجميع وقدر على أخذ البعض فكان له بالحصة من الثمن كما لو تلف بفعل آدمى سواء أو كما لو كان له شفيع آخر ، أو نقول أخذ بعض مادخل معه فى العقد فأخذه بالحصة كما لو كان معه سيف ، وأما الضرر فانما حصل بالتلف ولاصنع للشفيع فيه والذى يأخذه الشفيع يؤدى ثمنه فلا يتضرر المشترى بأخذه ، وانما قلنا يأخذ الأنقاض ، وإن كانت منفصلة ، لأن استحقاقه للشفعة كان حال عقد البيع وفى تلك الحال كان متصلا اتصالا ليس مآله الى الانفصال وانفصاله بعد ذلك لا يسقط حق الشفعة . ويفارق الثمرة غير المؤبرة إذا تأبرت فان مآلها الى الانفصال والظهور فاذا ظهرت فقد انفصلت فلم تدخل فى الشفعة ، وان نقصت القيمة مع بقاء صورة المبيع مثل أن انشق الحائط واستهدم البناء وشعث الشجر وبارت الأرض فليس له الا الأخذ بجميع الثمن أو الترك لأن هذه المعانى لا يقابلها الثمن بخلاف الأعيان ؛ ولهذا قلنا لو بنى المشترى أعطاه الشفيع قيمة بنائه ، ولو زاد المبيع زيادة متصلة دخلت فى الشفعة .

« مسألة » قال (وان كان الشراء وقع بعين أو ورق أعطاه الشفيع مثل ذلك ، وان كان عرضا أعطاه قيمته)

وجملته : أن الشفيع يأخذ الشقص من المشترى بالثمن الذى استقر عليه العقد لما روى فى حديث جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « هو أحق بالثمن » رواه أبو إسحاق الجوزجانى فى كتابه ، ولأن الشفيع إنما استحق الشقص بالبيع فكان مستحقا له بالثمن كالمشترى .

فإن قيل إن الشفيع استحق أخذه بغير رضى مالكه فينبغى أن يأخذه بقيمته كالمضطر يأخذ طعام غيره ، قلنا : المضطر استحق أخذه بسبب حاجة خاصة فكان المرجع فى بدله الى قيمته والشفيع استحقه لأجل البيع ولهذا لو انتقل بهبة أو ميراث لم يستحق الشفعه ، وإذا استحق ذلك بالبيع وجب أن يكون بالعوض الثابت بالبيع

إذا ثبت هذا : فانا ننظر فى الثمن فإن كان دنانير أو دراهم أعطاه الشفيع مثله وان كان مما لا مثل له كالثياب والحيوان فإن الشفيع يستحق الشقص بقيمة الثمن وهذا قول أكثر أهل العلم ، وبه يقول أصحاب الرأى والشافعى ، وحكى عن الحسن وسوار أن الشفعه لا تجب ههنا ؛ لأنها تجب بمثل الثمن ، وهذا لا مثل له فتعذر الأخذ فلم يجب كما لو جهل الثمن .

ولنا أنه أحد نوعى الثمن فجاز أن تثبت به الشفعه فى المبيع كالمثلى وما ذكروه لا يصح ؛ لأن المثل يكون من طريق الصورة ومن طريق القيمه كبدل المتلف

فأما إن كان الثمن من المثليات غير الأثمان كالحبوب والأدهان ، فقال أصحابنا يأخذه الشفيع بمثله ، لأنه من ذوات الامثال فهو كالاثمان وبه يقول أصحاب الرأى وأصحاب الشافعى : ولأن هذا مثل من طريق الصورة والقيمه فكان أولى من المماثل فى إحداهما ، ولان الواجب بدل الثمن فكان مثله كبدل القرض والمتلف .

(فصل) ويستحق الشفيع الشقص بالثمن الذى استقر عليه العقد فلو تبايعا بقدر ثم غيراه فى زمن الخيار بزيادة أو نقص ثبت ذلك التغيير فى حق الشفيع ، لان حق الشفيع إنما يثبت إذا تم العقد وانما يستحق بالثمن الذى هو ثابت حال استحقاقه ولأن زمن الخيار بمنزلة حالة العقد ، والتغيير يلحق بالعقد فيه لانهما على اختيارهما

فيه كما لو كان فى حال العقد ، فأما إذا انقضى الخيار وانبرم العقد فزادا أو نقصا لم يلحق بالعقد لأن الزيادة بعده هبة يعتبر لها شروط الهبة ، والنقص إبراء مبتدأ ولا يثبت ذلك فى حق الشفيع ، وبهذا قال الشافعى .

وقال أبو حنيفة : يثبت النقص فى حق الشفيع دون الزيادة ، وان كانا عنده يلحقان بالعقد ، لأن الزيادة تضر الشفيع فلم يملكها بخلاف النقص ، وقال مالك ان بقى ما يكون ثمناً أخذ به ، وان حط الأكثر أخذه بجميع الثمن الأول .

ولنا أن ذلك يعتبر بعد استقرار العقد فلم يثبت فى حق الشفيع كالزيادة ، ولأن الشفيع استحق الأخذ بالثمن الأول قبل التغيير فلم يؤثر التغيير بعد ذلك فيه كالزيادة ، وما ذكروه من العذر غير صحيح ، لأن ذلك لو لحق العقد لزم الشفيع وان أضر به كالزيادة فى مدة الخيار ولأنه حط بعد لزوم العقد ، فأشبه حط الجميع أو الأكثر عند مالك .

فصل

وإن كان الثمن مما تجب قيمته فإنها تعتبر وقت البيع لانه وقت الاستحقاق ولا اعتبار بعد ذلك بالزيادة والنقص ، وان كان فيه خيار اعتبرت القيمة حين انقضاء الخيار واستقرار العقد لأنه حين استحقاق الشفعة ، وبهذا قال الشافعى ، وحكى عن مالك أنه يأخذه بقيمته يوم المحاكمة وليس بصحيح ، لأن وقت الاستحقاق وقت العقد وما زاد بعد ذلك حصل فى ملك البائع فلا يقوم للمشترى وما نقص فمن مال البائع فلا ينقص به حق المشترى .

(فصل) وإذا كان الثمن مؤجلا أخذه الشفيع بذلك الأجل ان كان مليئا وإلا أقام ضمينا مليئا وأخذ ، وبه قال مالك وعبد الملك وإسحاق ، وقال الثورى لا يأخذها إلا بالنقد حالا ، وقال أبو حنيفة : لا يأخذها إلا بثمن حال أو ينتظر مضى الاجل ثم يأخذ ، وعن الشافعى كمذهبنا ومذهب أبى حنيفة ، لانه لايمكنه الاخذ بالمؤجل لانه يفضى الى أن يلزم المشترى قبول ذمة الشفيع ، والذمم لاتتماثل وإنما يأخذ بمثله ولا يلزمه أن يأخذه بمثله حالا لئلا يلزمه أكثر مما يلزم المشترى ولا بسلعة بمثل الثمن الى الأجل لأنه إنما يأخذه بمثل الثمن أو القيمة والسلعه ليست واحدة منهما فلم يبق إلا التخيير .

ولنا أن الشفيع تابع للمشترى فى قدر الثمن وصفته والتأجيل من صفاته ولأن فى الحلول زيادة على التأجيل فلم يلزم الشفيع كزيادة القدر ، وما ذكروه من اختلاف الذمم فإننا لانوجبها حتى توجد الملاءة فى الشفيع أو فى ضمينه بحيث ينحفظ المال فلا يضر اختلافهما فيما وراء ذلك كما لو اشترى الشقص بسلعه وجبت قيمتها ولا يضر اختلافهما ، ومتى أخذه الشفيع بالأجل فمات الشفيع أو المشترى ، وقلنا يحل الدين بالموت حل الدين على الميت منهما دون صاحبه ، لأن سبب حلوله الموت فاختص بمن وجد فى حقه .

(فصل)

وإذا باع شقصا مشفوعا ومعه ما لا شفعه فيه كالسيف والثوب فى عقد واحد ثبتت الشفعه فى الشقص بحصته من الثمن دون ما معه فيقوم كل واحد منهما ويقسم الثمن على قدر قيمتهما فما يخص الشقص يأخذه الشفيع ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ، ويحتمل أن لا تجب الشفعة لئلا تتبعض صفقة المشترى وفى ذلك إضرار به ، فأشبه ما لو أراد الشفيع أخذ بعض الشقص ، وقال مالك : تثبت الشفعة فيهما لذلك .

ولنا أن السيف لا شفعة فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فلم يؤخذ بالشفعة كما لو أفرده وما يلحق المشترى من الضرر فهو ألحقه بنفسه بجمعه فى العقد بين ما تثبت فيه الشفعة ومالا تثبت ولأن فى أخذ الكل ضرراً بالمشترى أيضا لأنه ربما كان غرضه فى إبقاء السيف له ففى أخذه منه إضرار به من غير سبب يقتضيه

(فصل) واذا باع شقصين من أرضين صفقه واحدة لرجل واحد والشريك فى أحدهما غير الشريك فى الآخر فلهما أن يأخذا ويقتسما الثمن على قدر القيمتين وإن أخذ أحدهما دون الآخر جاز ويأخذ الشقص الذى فى شركته بحصته من الثمن ، ويتخرج أنه لاشفعة له كالمسألة التى قبلها وليس له أخذهما معا لأن أحدهما لا شركة له فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فجرى مجرى الشقص والسيف ، وان كان الشريك فيهما واحداً فله أخذهما وتركهما لانه شريك فيهما ، وان أحب أخذ أحدهما دون الآخر فله ذلك ، وهذا منصوص الشافعى .

ويحتمل أنه لا يملك ذلك ، ومتى اختاره سقطت الشفعة فيهما لأنه أمكنه

أخذ المبيع كله فلم يملك أخذ بعضه كما لو كان شقصا واحداً ، ذكره أبو الخطاب وبعض أصحاب الشافعي .

ولنا أنه يستحق كل واحد منهما بسبب غير الآخر فجرى مجرى الشريكين ولأنه لو جرى مجرى الشقص الواحد لوجب — إذا كان شريكين فترك أحدهما شفعته — أن يكون للآخر أخذ الكل والأمر بخلافه .

فصل

ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على الثمن لأن فى أخذه بدون دفع الثمن إضراراً بالمشترى ولا يزال الضرر بالضرر ، فإن أحضر رهنا أو ضمينا لم يلزم المشترى قبوله لأن فى تأخير الثمن ضرراً فلم يلزم المشترى ذلك كما لو أراد تأخير ثمن حال فإن بذل عوضا عن الثمن لم يلزمه قبوله لأنها معاوضة لم يجبر عليها ، وإذا أخذ بالشفعة لم يلزم المشترى تسليم الشقص حتى يقبض الثمن فإن كان موجوداً سلمه وان تعذر فى الحال ، قال أحمد فى رواية حرب: ينظر الشفيع يوما أو يومين بقدر ما يرى الحاكم ، فإذا كان أكثر فلا ، وهذا قول مالك .

وقال ابن شبرمة وأصحاب الشافعي : ينظر ثلاثا لأنها آخر حد القلة ، فإن أحضر الثمن وإلا فسخ عليه ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا يأخذ بالشفعة ولا يقضى القاضى بها حتى يحضر الثمن لأن الشفيع يأخذ الشقص بغير اختيار المشترى فلا يستحق ذلك إلا لإحضار عوضه كتسليم المبيع .

ولنا أنه تملك المبيع بعوض فلا يقف على احضار العوض كالبيع ، وأما التسليم فى البيع فالتسليم فى الشفعة مثله ؛ وكون الأخذ بغير اختيار المشترى يدل على قوته فلا يمنع من اعتباره فى الصحة فإذا أجلناه مدة فأحضر الثمن فيها وإلا فسخ الحاكم الأخذ ورده إلى المشترى ، وهكذا لو هرب الشفيع بعد الأخذ ، والأولى أن للمشترى الفسخ من غير حاكم لأنه فات شرط الأخذ ولأنه تعذر على البائع الوصول إلى الثمن فملك الفسخ كغير من أخذت الشفعة منه ، وكما لو أفلس الشفيع ولان الاخذ بالشفعة لا يقف على حكم الحاكم فلا يقف فسخ الاخذ بها على الحاكم كفسخ غيرها من البيوع وكالرد بالعيب ، ولان وقف ذلك على الحاكم يفضى إلى الضرر بالمشترى لأنه قد يتعذر عليه إثبات ما يدعيه وقد يصعب عليه حضور

مجلس الحاكم لبعده أو غير ذلك فلا يشرع فيها مايفضى الى الضرر، ولانه لو وقف الامر على الحاكم لم يملك الاخذ الا بعد إحضار الثمن ، لئلا يفضى إلى هذا الضرر وإن أفلس الشفيع خير المشترى بين الفسخ وبين أن يضرب مع الغرماء بالثمن كالبائع إذا أفلس المشترى .

(فصـــل)

لا يحل الاحتيال لإسقاط الشفعة ، وان فعل لم تسقط . قال أحمد فى رواية اسماعيل بن سعيد ، وقد سألته عن الحيلة فى ابطال الشفعة فقال : لا يجوز شىء من الحيل فى ذلك ولا فى ابطال حق مسلم . وبهذا قال أبو أيوب وأبو خيثمة وابن أبى شيبة وأبو اسحاق الجوزجانى . وقال عبد الله بن عمر : من يخدع الله يخدعه وقال أيوب السختيانى : انهم ليخادعون الله كما يخادعون صبياً ، لو كانوا يأتون الامر على وجهه كان أسهل على

ومعنى الحيلة أن يظهروا فى البيع شيئا لا يؤخذ بالشفعة معه ويتواطئون فى الباطن على خلافه ، مثل أن يشترى شقصا يساوى عشرة دنانير بألف درهم ثم يقضيه عنها عشرة دنانير أو يشتريه بمائة دينار ويقضيه عنها مائة درهم ، أو يشترى البائع من المشترى عبداً قيمته مائة بألف فى ذمته ثم يبيعه الشقص بالالف ، أو يشترى شقصا بألف ثم يبرئه البائع من تسعمائة ، أو يشترى جزءاً من الشقص بمائة ثم يهب له البائع باقيه ، أو يهب الشقص للمشترى ويهب المشترى له الثمن أو يعقد البيع بثمن مجهول المقدار كحفنة قراضة أو جوهرة معينة أو سلعة معينه غير موصوفة أو بمائة درهم ولؤلؤة وأشباه هذا ، فهذا كله اذا وقع من غير تحيل سقطت الشفعة .

وان تحيلا به على اسقاط الشفعه لم تسقط ويأخذ الشفيع الشقص فى الصورة الاولى بعشرة دنانير أو قيمتها من الدراهم ، وفى الثانية بمائة درهم أو قيمتها ذهبا ، وفى الثالثة بقيمة العبد المبيع ، وفى الرابعة بالباقى بعد الابراء وهو المائة المقبوضة وفى الخامسة يأخذ الجزء المبيع من الشقص بقسطه من الثمن ، ويحتمل أن يأخذ الشقص كله بجميع الثمن لانه انما وهبه بقية الشقص عوضا عن الثمن الذى اشترى به جزءاً من الشقص . وفى السادسة يأخذ بالثمن الموهوب ، وفى سائر الصور المجهول

ثمنها يأخـذه بمثل الثمن أو بقيمته ان لم يكن مثلها اذا كان الثمن موجوداً . وان لم يوجد عينه دفع اليه قيمة الشقص ؛ لان الاغلب وقوع العقد على الاشياء بقيمتها ، وقال أصحاب الرأى والشافعى : يجوز ذلك كله وتسقط به الشفعة لانه لم يأخذ بما وقع البيع به فلم يجز كما لو لم يكن حيلة

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « من أدخل فرساً بين فرسين ولم يأمن أن يسبق فليس بقمار ، وان أمن أن يسبق فهو قمار » رواه أبو داود وغيره ، فجعل ادخال الفرس المحلل قماراً فى الموضع الذى يقصد به اباحة اخراج كل واحد من المتسابقين جعلا مع عدم معنى المحلل فيه ، وهو كونه بحال يحتمل أن يأخذ سبقيهما وهذا يدل على ابطال كل حيلة لم يقصد بها الا اباحة المحرم مع عدم المعنى فيها

واستدل أصحابنا بما روى أبو هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تركبوا ما ارتـكبت اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل » وقال النبى صلى الله عليه وسلم « لعن الله اليهود ، ان الله لما حرم عليهم شحومها جملوه ثم باعوه وأكلوا ثمنه » متفق عليه . ولان الله تعالى ذم المخادعين له بقوله (يخادعون الله والذين آمنوا وما يخدعون الا أنفسهم وما يشعرون) والحيل مخادعة . وقد مسخ الله تعالى الذين اعتدوا فى السبت قردة بحيلتهم ، فإنه روى أنهم كانوا ينصبون شباكهم يوم الجمعة ، ومنهم من يحفر جبابا ويرسل الماء اليها يوم الجمعة ، فإذا جاءت الحيتان يوم السبت وقعت فى الشباك والجباب فيدعونها الى ليلة الاحد فيأخذونها ويقولون: ما اصدنا يوم السبت شيئا ، فمسخهم الله تعالى بحيلتهم وقال تعالى (فجعلناها نكالا لما بين يديها وما خلفها وموعظه للمتقين قيل يعنى به أمة محمد صلى الله عليه وسلم ، أى لتتعظ بذلك أمة محمد صلى الله عليه وسلم فيجتنبوا مثل ما فعل المعتـــدون ، ولان الحيلة خديعه . وقد قال النبى (ص) « لا تحل الخديعة لمسلم » ولأن الشفعة وضعت لدفع الضرر ، فلو سقطت بالتحيل للحق الضرر ، فلم تسقط كما لو أسقطها المشترى بالبيع والوقف ، وفارق ما لم يقصد به التحيل لأنه لا خداع فيه ولا قصد به ابطال حق والاعمال بالنيات ، فان اختلفا هل وقع شيء من هذا حيلة أو لا ؟ فالقول قول المشترى مع يمينه ، لأنه أعلم بنيته وحاله .

إذا ثبت هذا فإن الغرر فى الصورتين الاولين على المشترى لاتراته ما يساوى عشرة بمائة ، وما يساوى مائة درهم بمائة دينار وأشهد على نفسه أن عليه ألفاً فربما طالبه بذلك فلزمه فى ظاهر الحكم ، وفى الثالثة الغرر على البائع لأنه اشترى عبداً يساوى مائة بألف ، وفى الرابعة على المشترى لانه اشترى شقصاً قيمته مائة بألف وكذلك فى الخامسه لانه اشترى بعض الشقص بثمن جميعه ، وفى السادسة على البادى منهما بالهبه لانه قد لا يهب له الآخر شيئا . فإن خالف أحدهما ما تواطآ عليه فطالب صاحبه بما أظهراه لزمه فى ظاهر الحكم لانه عقد البيع مع صاحبه بذلك مختاراً ، فأما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يحل لمن غر صاحبه الاخذ : بخلاف ما تواطآ عليه لان صاحبه انما رضى بالعقد للتواطؤ فمع فواته لايتحقق الرضى به

« مسألة » قال ﴿ وان اختلفا فى الثمن فالقول قول المشترى الا أن يكون للشفيع بينة ﴾

وجملته أن الشفيع والمشترى اذا اختلفا فى الثمن ، فقال المشترى اشتريته بمائة فقال الشفيع بل بخمسين فالقول قول المشترى لانه العاقد فهو أعرف بالثمن . ولان الشقص ملكه فلا ينزع من يده بالدعوى بغير بينة . وبهذا قال الشافعى . فإن قيل فهلا قلتم القول قول الشفيع لانه غارم ومنكر للزيادة ، فهو كالغاصب والمتلف والضامن لنصيب شريكه اذا أعتق ؟ قلنا الشفيع ليس بغارم لأنه لا شىء عليه ، وانما يريد أن يملك الشقص بثمنه بخلاف الغاصب والمتلف والمعتق ، فأما ان كان للشفيع بينة حكم بها . وكذلك ان كان للمشترى بينة حكم بها واستغنى عن يمينه ويثبت ذلك بشاهد ويمين ، وشهادة رجل وامرأتين : ولا تقبل شهادة البائع لانه اذا شهد للشفيع كان متهماً ، لأنه يطلب تقليل الثمن خوفاً من الدرك عليه ، وان أقام كل واحد منهما بينة احتمل تعارضهما ، لانهما يتنازعان فيما وقع عليه العقد فيصيران كمن لا بينة لهما .

وذكر الشريف أن البينة بينة الشفيع ، ويقتضيه مذهب الخرقى ، لان بينة الخارج عنده مقدمة على بينة الداخل والشفيع هو الخارج ؛ وهذا قول أبى حنيفه وقال صاحباه البينة بينة المشترى لانها تترجح بقول المشترى فانه مقدم على قول

الشفيع ، ويخالف الخارج والداخل لان بينة الداخل يجوز أن تكون مستندة الى يده ، وفى مسألتنا البينة تشهد على نفس العقد كشهادة بينة الشفيع .

ولنا أنهما بينتان تعارضتا فقدمت بينة من لا يقبل قوله عند عدمها كالداخل والخارج ، ويحتمل أن يقرع بينهما لانهما يتنازعان فى العقد ولا يد لهما عليه فصارا كالمتنازعين عينا فى يد غيرهما .

(فصل)

وان قال المشترى لا أعلم مبلغ الثمن فالقول قوله لان ما يدعيه ممكن لجواز أن يكون اشتراه جزافا أو بثمن نسى مبلغه ويحلف فاذا حلف سقطت الشفعه لانها لا تستحق بغير بذل ولا يمكن أن يدفع اليه ما لا يدعيه ، فان ادعى أنك فعلت ذلك تحيلا على اسقاط الشفعه فعليه اليمين على نفى ذلك

(فصل) فان اشترى شقصا بعرض واختلفا فى قيمته ، فان كان موجوداً عرضاه على المقومين . وان تعذر احضاره فالقول قول المشترى كما لو اختلفا فى قدر الثمن . وان ادعى جهل قيمته فهو على ما ذكرنا فيما اذا ادعى جهل ثمنه ، وان اختلفا فى الغراس والبناء فى الشقص ، فقال المشترى أنا أحدثته وأنكر الشفيع فالقول قول المشترى لانه ملكه والشفيع يريد تملكه عليه فالقول قول المالك .

(فصل) اذا ادعى الشفيع على بعض الشركاء أنك اشتريت نصيبك فلى أخذه بالشفعه فانه يحتاج إلى تحرير دعواه فيحدد المكان الذى فيه الشقص ويذكر قدر الشقص والثمن ويدعى الشفعة فيه ، فاذا فعل ذلك سئل المدعى عليه فان أقر لزمه وان أنكر وقال انما اتهبته أو ورثته فلا شفعة لك فيه فالقول قول من ينفيه ، كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعه ، فان حلف برىء وان نكل قضى عليه وان قال لا تستحق علىَّ شفعة فالقول قوله مع يمينه ويكون يمينه على حسب قوله فى الانكار ، واذا نكل وقضى عليه بالشفعة عرض عليه الثمن ، فان أخذه دفع اليه ، وان قال لا أستحقه ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : يقر فى يد الشفيع الى أن يدعيه المشترى فيدفع اليه ، كما لو أقر له بدار فأنكرها .

والثانى : أن يأخذه الحاكم فيحفظه لصاحبه إلى أن يدعيه المشترى ومتى ادعاه دفع إليه .

والثالث : يقال له إما أن تقبضه وإما أن تبرئه منه كسيد المكاتب إذا جاءه المكاتب بمال المكاتبة فادعى أنه حرام ، اختار هذا القاضى وهذا مفارق للمكاتب لأن سيده يطالبه بالوفاء من غير هذا الذى أتاه به فلا يلزمه ذلك بمجرد دعوى سيده تحريم ما أتاه به وهذا لا يطلب الشفيع بشىء فلا ينبغى أن يكلف إبراء مما لا يدعيه والوجه الأول أولى ان شاء الله تعالى .

(فصل) وان قال اشتريته لفلان وكان حاضراً استدعاه الحاكم وسأله فإن صدقه كان الشراء له والشفعة عليه ؛ وان قال هذا ملكى ولم أشتره انتقلت الخصومة اليه وان كذبه حكم بالشراء لمن اشتراه وأخذ منه بالشفعة ، وإن كان المقر له غائبا أخذه الحاكم ودفعه الى الشفيع وكان الغائب على حجته اذا قدم لأننا لو وقفنا الأمر فى الشفعة الى حضور المقر له لكان فى ذلك اسقاط الشفعة لأن كل مشتر يدعى أنه لغائب ، وان قال اشتريته لابنى الطفل أو لهذا الطفل وله عليه ولاية ففيه وجهان :

أحدهما : لا تثبت الشفعة لأن الملك ثبت للطفل ولا تجب الشفعة بإقرار الولى عليه لأنه ايجاب حق فى مال صغير بإقرار وليه .

الثانى : تثبت لأنه يملك الشراء له فصح اقراره فيه كما يصح اقراره بعيب فى مبيعه ، فأما ان ادعى عليه شفعة فى شقص فقال هذا لفلان الغائب أو لفلان الطفل ثم أقر بشرائه له لم تثبت فيه الشفعة الا أن تثبت ببينة أو يقدم الغائب ويبلغ الطفل فيطالبهما بها لأن الملك يثبت لهما بإقراره به فإقراره بالشراء بعد ذلك اقرار فى ملك غيره فلا يقبل بخلاف ما اذا قر بالشراء ابتداء لأن الملك ثبت لهما بذلك الاقرار المثبت للشفعة فثبتا جميعا ، وان لم يذكر سبب الملك لم يسأله الحاكم عنه ولم يطالب ببيانه لانه لو صرح بالشراء لم تثبت به شفعة فلا فائدة فى الكشف عنه ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كله كمذهبنا .

(فصل) واذا كانت دار بين حاضر وغائب فادعى الحاضر على من فى يده نصيب الغائب أنه اشتراه منه وأنه يستحقه بالشفعة فصدقه فللشفيع أخذه بالشفعة

لأن من فى يده العين يصدق فى تصرفه فيما فى يديه ، وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه ولاصحاب الشافعى فى ذلك وجهان : أحدهما : ليس له أخذه لان هذا اقرار على غيره .

ولنا أنه أقر بما فى يده فقبل اقراره كما لو أقر بأصل ملكه وهكذا لو ادعى عليه أنك بعت نصيب الغائب باذنه وأقر له الوكيل كان كاقرار البائع بالبيع فاذا قدم الغائب فأنكر البيع أو الاذن فى البيع فالقول قوله مع يمينه وينتزع الشقص ويطالب بأجره من شاء منهما ويستقر الضمان على الشفيع لان المنافع تلفت تحت يده فان طالب الوكيل رجع على الشفيع وان طالب الشفيع لم يرجع على أحد وان ادعى على الوكيل أنك اشتريت الشقص الذى فى يدك فأنكر وقال انما أنا وكيل فيه أو مستودع له فالقول قوله مع يمينه فان كان للمدعى بينة حكم بها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى مع أن أبا حنيفة لا يرى القضاء على الغائب لان القضاء ههنا على الحاضر بوجوب الشفعه عليه واستحقاق انتزاع الشقص من يده وحصل القضاء على الغائب ضمنا ، فان لم تكن بينة وطلب الشفيع يمينه فنكل عنها احتمل أن يقضى عليه لانه لو أقر لقضى عليه فكذلك اذا نكل واحتمل أن لا يقضى عليه لانه قضاء على الغائب بغير بينة ولا اقرار من الشقص فى يده .

(فصل) واذا ادعى على رجل شفعة فى شقص اشتراه فقال ليس له ملك فى شركتى فعلى الشفيع اقامة البينه أنه شريك وبه قال أبو حنيفة ومحمد والشافعى . وقال أبو يوسف اذا كان فى يده استحق به الشفعه لذلك لان الظاهر من اليد الملك .

ولنا أن الملك لا يثبت بمجرد اليد واذا لم يثبت الملك الذى يستحق به الشفعه لم تثبت ومجرد الظاهر لا يكفى كما لو ادعى ولد أمة فى يده . فان ادعى أن المدعى يعلم أنه شريك فعلى المشترى اليمين أنه لا يعلم ذلك لانها يمين على نفى فعل الغير ، فكان على العلم كاليمين على نفى دين الميت فاذا حلف سقطت دعواه وان نكل قضى عليه .

(فصل) اذا ادعى على شريكه انك اشتريت نصيبك من عمرو فلى شفعته فصدقه عمرو فأنكر الشريك وقال بل ورثته من أبى فأقام المدعى بينة أنه كان ملك عمرو لم تثبت الشفعه بذلك ، وقال محمد تثبت ويقال له اما ان تدفعه وتأخذ الثمن واما أن ترده الى البائع فيأخذه الشفيع منها لأنهما شهدا بالملك لعمرو فكأنهما شهدا بالبيع .

ولنا أنهما لم يشهدا بالبيع وإقرار عمرو على المنكر بالبيع لا يقبل لأنه إقرار على غيره فلا يقبل فى حقه ولا تقبل شهادته عليه وليست الشفعة من حقوق العقد فيقبل فيها قول البائع فصار بمنزلة ما لو حلف أنى ما اشتريت الدار فقال من كانت الدار ملكا له : أنا بعته إياها لم يقبل عليه فى الحنث ولا يلزم إذا أقر البائع بالبيع والشقص فى يده فأنكر المشترى الشراء لأن الذى فى يده الدار مقر بها للشفيع ولا منازع له فيها سواه وههنا من الدار فى يده يدعيها لنفسه والمقر بالبيع لا شىء فى يده ولا يقدر على تسليم الشقص فافترقا .

(فصل) وإذا كانت دار بين رجلين فادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه يستحق ما فى يديه بالشفعه سألناهما متى ملكتماها ؟ فإن قالا ملكناها دفعة واحدة فلا شفعة لأحدهما على الآخر لأن الشفعه إنما تثبت بملك سابق فى ملك متجدد بعده ، وإن قال كل واحد منهما ملكى سابق ولأحدهما بينة بما ادعاه قضى له ، وإن كان لكل واحد منهما بينة قدمنا أسبقهما تاريخا ، وإن شهدت بينة كل واحد منهما بسبق ملكه وتجدد ملك صاحبه تعارضتا ، وان لم تكن لواحد منهما بينة نظرنا الى السابق بالدعوى فقدمنا دعواه وسألنا خصمه فإن أنكر فالقول قوله مع يمينه لأنه منكر فان حلف سقطت دعوى الأول ثم تسمع دعوى الثانى على الأول فإن أنكر وحلف سقطت دعواهما جميعا وان ادعى الأول فنكل الثانى عن اليمين قضينا عليه ولم تسمع دعواه لان خصمه قد استحق ملكه ، وإن حلف الثانى ونكل الاول قضينا عليه .

(فصل) اذا اختلف المتبايعان فى الثمن فادعى البائع أن الثمن ألفان ، وقال المشترى هو ألف فاقام البائع بينة أن الثمن ألفان أخذهما من المشترى وللشفيع أخذه بالالف لان المشترى مقر له باستحقاقه بألف ويدعى أن البائع ظلمه وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة ان حكم الحاكم عليه بألفين أخذه الشفيع بهما لان الحاكم اذا حكم عليه بالبينة بطل قوله وثبت ما حكم به الحاكم .

ولنا أن المشترى مقر بأن هذه البينه كاذبة وأنه ظلمه بألف فلم يحكم له به وانما حكم بها للبائع لانه لا يكذبها ، فإن قال المشترى صدقت البينة وكنت أنا كاذباً أو ناسياً ففيه وجهان .

أحدهما : لا يقبل رجوعه لانه رجوع عن اقرار تعين به حق آدمى غيره فأشبه ما لو أقر له بدين .

والثانى : يقبل قوله ، وقال القاضى هو قياس المذهب عندى كما لو أخبر فى المرابحة بثمن ثم قال غلطت والثمن أكثر قبل قوله مع يمينه بل ههنا أولى لانه قد قامت البينة بكذبه وحكم الحاكم بخلاف قوله فقبل رجوعه عن الكذب ، وان لم تكن للبائع بينة فتحالفا فللشفيع أخذه بما حلف عليه البائع . وان أراد أخذه بما حلف عليه المشترى لم يكن له ذلك لان للبائع فسخ البيع وأخذه بما قال المشترى يمنع ذلك ولانه يفضى الى إلزام العقد بما حلف عليه المشترى ولا يملك ذلك فان رضى المشترى بأخذه بما قال البائع جاز وملك الشفيع أخذه بالثمن الذى حلف عليه المشترى لان حق البائع من الفسخ قد زال ، فإن عاد المشترى فصدق البائع وقال الثمن ألفان وكنت غالطاً فهل للشفيع أخذه بالثمن الذى حلف عليه ؟ فيه وجهان كما لو قامت به بينة .

(فصـــل)

وان اشـــترى شقصا له شفيعان فادعى على أحد الشفيعين أنه عفا عن الشفعة وشهد له بذلك الشفيع الآخر قبل عفوه عن شفعته لم تقبل شهادته لانه يجر الى نفسه نفعا وهو توفر الشفعه عليه فاذا ردت شهادته ثم عفا عن الشفعه ثم أعاد تلك الشهادة لم تقبل لانها ردت للتهمة فلم تقبل بعد زوالها كشهادة الفاسق اذا ردت ثم تاب وأعادها لم تقبل ، ولو لم يشهد حتى عفا قبلت شهادته لعدم التهمة ويحلف المشترى مع شهادته ، ولو لم تكن بينة فالقول قول المنكر مع يمينه ، وان كانت الدعوى على الشفيعين معا فحلفا ثبتت الشـفعه ، وان حلف أحدهما ونكل الآخر نظرنا فى الحالف فان صدق شريكه فى الشفعه فى أنه لم يعف لم يحتج الى يمين وكانت الشفعه بينهما ، لان الحق له فان الشفعه تتوفر عليه اذا سقطت شفعة شريكه ، وان ادعى أنه عفا فنكل قضى له بالشفعه كلها وسواء ورثا الشفعه أو كانا شريكين ، وان شهد أجنبى بعفو أحد الشفيعين واحتيج الى يمين معه قبل عفو الآخر حلف وأخذ الكل بالشفعه ، وان كان بعده حلف المشترى وسقطت الشفعه ، وان كانوا ثلاثة شفعاء فشهد اثنان منهم على الثالث

بالعفو بعد عفوهما قبلت وإن شهدا قبله ردت وإن شهدا بعد عفو أحدهما وقبل عفو الآخر ردت شهادة غير العافى وقبلت شهادة العافى ، وإن شهد البائع بعفو الشفيع بعد قبض الثمن قبلت شهادته ، وإن كان قبله ففيه وجهان .

أحدهما : تقبل لأنهما سواء عنده .

الثانى : لا تقبل لأنه يحتمل أن يكون قصد ذلك ليسهل استيفاء الثمن لأن المشترى يأخذه من الشفيع فيسهل عليه وفاؤه أو يتعذر على المشترى الوفاء لفلسه فيستحق استرجاع المبيع ، وإن شهد لمكاتبه بعفو شفعة أو شهد بشراء شىء لمكاتبه فيه شفعه لم تقبل لان المكاتب عبده فلا تقبل شهادته له كمدبره . ولان ما يحصل للمكاتب ينتفع به السيد لانه إن عجز صار له وإن لم يعجز سهل عليه الوفاء اه ، وان شهد على مكاتبه بشىء من ذلك قبلت شهادته لانه غير متهم فأشبه الشهادة على ولده .

« مسألة » قال ﴿ وان كانت دار بين ثلاثة لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها فباع أحدهم كانت الشفعة بين النفسين على قدر سهامهما ﴾

الصحيح فى المذهب أن الشقص المشفوع اذا أخذه الشفعاء قسم بينهم على قدر أملاكهم اختاره أبو بكر وروى ذلك عن الحسن وابن سيرين وعطاء وبه قال مالك وسوار والعنبرى واسحاق وأبو عبيد وهو أحد قولى الشافعى ، وعن أحمد رواية ثانية أنه يقسم بينهم على عدد رءوسهم اختارها ابن عقيل وروى ذلك عن النخعى والشعبى وبه قال ابن أبى ليلى وابن شبرمة والثورى وأصحاب الرأى لان كل واحد منهم لو انفرد لاستحق الجميع فإذا اجتمعوا تساووا كالبنين فى الميراث وكالمعتقين فى سراية العتق .

ولنا أنه حق يستفاد بسبب الملك فكان على قدر الاملاك كالغلة ، ودليلهم ينتقض بالابن والاب أو الجد وبالجد مع الاخوة وبالفرسان مع الرجالة فى الغنيمة وبأصحاب الديون والوصايا اذا نقص ماله عن دين أحدهم أو الثلث عن وصية أحدهم ، وفارق الاعيان لانه اتلاف والاتلاف يستوى فيه القليل والكثير كالنجاسة تلقى فى مائع .

وأما البنون فإنهم تساووا فى التسبب وهو البنوة فتساووا فى الارث بها فنظيره فى مسألتنا تساوى الشفعاء فى سهامهم ، فعلى هذا تنظر مخرج سهام الشركاء كلهم فنأخذ منها سهام الشفعاء فإذا علمت عدتها قسمت السهم المشفوع عليها ويصير العقار بين الشفعاء على تلك العدة كما يفعل فى مسائل الرد سواء ، فنى هذه المسألة التى ذكر الخرقى مخرج سهام الشركاء ستة فإن باع صاحب النصف فسهام الشفعاء ثلاثة لصاحب الثلث سهمان وللآخر سهم فالشفعة بينهم على ثلاثة ويصير العقار بينهم أثلاثا لصاحب الثلث ثلثاه وللآخر ثلثه .

وإن باع صاحب الثلث كانت بين الآخرين أرباعا لصاحب النصف ثلاثة أرباعه وللآخر ربعه ، وإن باع صاحب السدس كانت بين الآخرين أخماسا لصاحب النصف ثلاثة أخماسه وللآخر خمساه وعلى الرواية الأخرى يقسم الشقص المشفوع بين الآخرين نصفين على كل حال ، فإن باع صاحب النصف قسم النصف بين شريكيه لكل واحد الربع فيصير لصاحب الثلث ثلث وربع وللآخر ربع وسدس ، وان باع صاحب الثلث صار لصاحب النصف الثلثان وللآخر الثلث ، وان باع صاحب السدس فلصاحب الثلث نصف وربع ولصاحب الثلث ربع وسدس والله أعلم .

﴿ فصل ﴾

ولو ورث أخوان داراً أو اشتر ياها بينهما نصفين أو غير ذلك فمات أحدهما عن ابنين فباع أحدهما نصيبه فالشفعة بين أخيه وعمه ، وبهذا قال أبو حنيفة والمزنى والشافعى فى الجديد وقال فى القديم ان أخاه أحق بالشفعة ، وبه قال مالك لأن أخاه أخص بشركته من العم لاشتراكهما فى سبب الملك .

ولنا أنهما شريكان حال ثبوت الشفعة فكانت بينهما كما لو ملكوا كلهم بسبب واحد ، ولأن الشفعة تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل على شركائه بسبب شركته وهذا يوجد فى حق الكل ، وما ذكروه لا أصل له ولم يثبت اعتبار الشرع له فى موضع والاعتبار بالشركة لا بسببها ، وهل تقسم بين العم وابن أخيه نصفين أو على قدر ملكيهما ؟ على روايتين .

وهكذا لو اشترى رجل نصف دار ثم اشترى ابناه نصفها الآخر أو ورثاه

أو اتهباه أو وصل اليهما بسبب من أسباب الملك فباع أحدهما نصيبه ، أو لو ورث ثلاثه داراً فباع أحدهم نصيبه من اثنين ثم باع أحد المشتريين نصيبه فالشفعة بين جميع الشركاء ، وكذلك لو مات رجل وخلف ابنتين وأختين فباعت إحدى الأختين نصيبها أو إحدى الابنتين فالشفعة بين جميع الشركاء ، ولو مات رجل وخلف ثلاثة بنين وأرضا فمات أحدهم عن ابنين فباع أحد العمين نصيبه فالشفعة بين أخيه وابني أخيه ، ولو خلف ابنين وأوصى بثلثه لاثنين فباع أحد الوصيين أو أحد الابنين فالشفعة بين شركائه كلهم ، ولمخالفينا في هذه المسائل اختلاف يطول ذكره

﴿ فصـــل ﴾

وان كان المشترى شريكا فللشفيع الآخر أن يأخذ بقدر نصيبه ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي : وحكى عن الحسن والشعبي والبتي لا شفعة للآخر لأنها تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل وهذا شركته متقدمة فلا ضرر في شرائه ، وحكى ابن الصباغ عن هؤلاء أن الشفعة كلها لغير المشترى ولا شيء للمشترى فيها لأنها تستحق عليه فلا يستحقها على نفسه .

ولنا أنهما تساويا في الشركة فتساويا في الشفعة كما لو اشترى أجنبي بل المشترى أولى لأنه قد ملك الشقص المشفوع ، وما ذكرناه القول الأول لا يصح ، لأن الضرر يحصل بشراء هذا السهم المشفوع من غير نظر الى المشترى وقد حصل شراؤه والثاني لا يصح أيضا لأننا نقول إنه يأخذ من نفسه بالشفعة وانما يمنع الشريك أن يأخذ قدر حقه بالشفعة فيبقى على ملكه ، ثم لا يمنع أن يستحق الإنسان على نفســـه لأجل تعلق الغير به ، ألا ترى أن العبد المرهون إذا جنى على عبد آخر لسيده ثبت للسيد على عبده أرش الجناية لأجل تعلق حق المرتهن به ولو لم يكن رهنا ما تعلق به :

إذا ثبت هذا فإن لشريك المشترى أخذ قدر نصيبه لا غير أو العفو ، وان قال له المشترى قد أسقطت شفعتي فخذ الكل أو اترك لم يلزمه ذلك ولم يصح إسقاط المشترى لأن ملكه استقر على قدر حقه فجرى مجرى الشفيعين إذا أخذ بالشفعة ثم عفا أحدهما عن حقه ، وكذلك إذا حضر أحد الشفيعين فأخذ جميع الشقص بالشفعة ثم حضر الآخر فله أخذ النصف من ذلك ، فإن قال الأول خذ

الكل أو دع فإنى قد أسقطت شفعتى لم يكن له ذلك ، فان قيل هذا تبعيض للصفقة على المشترى قلنا هذا التبعيض اقتضاه دخوله فى العقد فصار كالرضى منه به كما قلنا فى الشفيع الحاضر إذا أخذ جميع الشقص وكما لو اشترى شقصا وسيفا .

« مسألة » قال (فان ترك أحدهما شفعته لم يكن للآخر أن يأخذ إلا الكل أو يترك)

وجملته : أنه إذا كان الشقص بين شفعاء فترك بعضهم فليس للباقين إلا أخذ الجميع أو ترك الجميع وليس لهم أخذ البعض ، قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على هذا ، وهذا قول مالك والشافعى وأصحاب الرأى ولأن فى أخذ البعض إضراراً بالمشترى بتبعيض الصفقة عليه والضرر لا يزال بالضرر لأن الشفعة إنما تثبت على خلاف الأصل دفعا لضرر الشريك الداخل خوفا من سوء المشاركة ومؤنة القسمة فاذا أخذ بعض الشقص لم يندفع عنه الضرر فلم يتحقق المعنى المجوز لمخالفة الأصل فلا تثبت، ولو كان الشفيع واحداً لم يجز له أخذ بعض المبيع لذلك ، فان فعل سقطت شفعته لأنها لا تتبعض فاذا سقط بعضها سقط جميعها كالقصاص ، وان وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة بعض شركائه أو غيره لم يصح . لأن ذلك عفو وليس بهبة فلم يصح لغير من هو عليه كالعفو عن القصاص .

(فصـــل)

وان كان الشفعاء غائبين لم تسقط الشفعة لموضع العذر فاذا قدم أحدهم فليس له أن يأخذ الا الكل أو يترك لأنا لا نعلم اليوم مطالبا سواه ولأن فى أخذه البعض تبعيضا لصفقة المشترى فلم يجز ذلك كما لو لم يكن معه غيره ولا يمكن تأخير حقه إلى أن يقدم شركاؤه لأن فى التأخير إضراراً بالمشترى فاذا أخذ الجميع ثم حضر آخر قاسمه إن شاء أو عفا فيبقى للأول لأن المطالبة إنما وجدت منهما ، فإن قاسمه ثم حضر الثالث قاسمهما إن أحب أو عفا فيبقى للأولين

فإن نمى الشقص فى يد الاول نماء منفصلا لم يشاركه فيه واحد منهما لانه انفصل فى يد المشترى قبل الاخذ بالشفعة ، وكذلك إذا أخذ الثانى فنمى فى يده نماء منفصلا

لم يشاركه الثالث فيه ، وان خرج الشقص مستحقا فالعهدة على المشترى يرجع الثلاثة عليه ولا يرجع أحدهم على الآخر فإن الاخذ وان كان من الاول فهو بمنزلة النائب عن المشترى فى الدفع اليهما والنائب عنهما فى دفع الثمن اليه لأن الشفعة مستحقة عليه لهم وهذا ظاهر مذهب الشافعى ، وان امتنع الأول من المطالبة حتى يحضر صاحباه أو قال آخذ قدر حقى ففيه وجهان .

أحدهما : يبطل حقه ، لانه قدر على أخذ الكل وتركه فأشبه المنفرد .

والثانى : لا يبطل لأنه تركه لعذر وهو خوف قدوم الغائب فينتزعه منه ، والترك لعذر لا يسقط الشفعة بدليل ما لو أظهر المشترى ثمنا كثيراً فترك لذلك ثم بان بخلافه ، فإن ترك الاول شفعته توفرت الشفعة على صاحبيه فاذا قدم الاول منهما فله أخذ الجميع على ما ذكرنا فى الأول فان أخذ الأول بها ثم رد ما أخذه بعيب فكذلك ، وبهذا قال الشافعى ، وحكى عن محمد بن الحسن أنها لا تتوفر عليهما وليس لهما أخذ نصيب الأول لأنه لم يعف وإنما رد نصيبه لأجل العيب فأشبه ما لو رجع الى المشترى ببيع أو هبة .

ولنا أن الشفيع فسخ ملكه ورجع إلى المشترى بالسبب الاول فكان لشريكه أخذه كما لو عفا ، ويفارق عوده بسبب آخر لأنه عاد غير الملك الأول الذى تعلقت به الشفعة .

(فصل) وإذا حضر الثانى بعد أخذ الاول فأخذ نصف الشقص منه واقتسما ثم قدم الثالث فطالب بالشفعة وأخذ بها بطلت القسمة لان هذا الثالث إذا أخذ بالشفعة كان كأنه مشارك فى حال القسمه لثبوت حقه ، ولهذا لو باع المشترى ثم قدم الشفيع كان له إبطال البيع .

فان قيل : فكيف تصح القسمة وشريكهما الثالث غائب ؟ قلنا يحتمل أن يكون وكل فى القسمة قبل البيع أو قبل علمه أو يكون الشريكان رفعا ذلك الى الحاكم وطالباه بالقسمة عن الغائب فقاسمهما وبقى الغائب على شفعته .

فان قيل : فكيف تصح مقاسمتهما للشقص وحق الثالث ثابت فيه ؟ قلنا : ثبوت حق الشفعة لا يمنع التصرف بدليل أنه يصح بيعه وهبته وغيرهما ويملك الشفيع إبطاله كذا هنا .

إذا ثبت هذا فان الثالث إذا قدم فوجد أحد شريكيه غائبا أخذ من الحاضر ثلث مافى يده لأنه قدر ما يستحقه ثم ان قضى له القاضى على الغائب أخذ ثلث ما فى يده أيضا ، وان لم يقض له انتظر الغائب حتى يقدم لأنه موضع عذر .

﴿ فصـــل ﴾

إذا أخذ الأول الشقص كله بالشفعة فقدم الثانى فقال لا آخذ منك نصفه بل أقتصر على قدر نصيبى وهو الثلث فله ذلك لأنه اقتصر على بعض حقه وليس فيه تبعيض الصفقة على المشترى لجاز كترك الكل فاذا قدم الثالث فله أن يأخذ من الثانى ثلث مافى يده فيضيفه الى مافى يد الأول ويقتسمانه نصفين فتصح قسمة الشقص من ثمانية عشر سهما لان الثالث أخذ حقه من الثانى ثلث الثلث ومخرجه تسعة فضمه الى الثلثين وهى ستة صارت سبعة ثم قسما السبعة نصفين لا تنقسم فاضرب اثنين فى تسعة تكن ثمانية عشر للثانى أربعة أسهم ولكل واحد من شريكيه سبعة ، وانما كان كذلك لأن الثانى ترك سدسا كان له أخذه وحقه منه ثلثاه وهو التسع فتوفر ذلك على شريكه فى الشفعة فللأول والثالث أن يقولا نحن ســـواء فى الاستحقاق ولم يترك واحد منا شيئا من حقه فنجمع ما معنا فنقسمه فيكون على ما ذكرنا ، وان قال الثانى أنا آخذ الربع فله ذلك لما ذكرنا فى التى قبلها فاذا قدم الثالث أخذ منه نصف سدس وهو ثلث مافى يده فضمه الى ثلاثة الارباع وهى تسعة يصير الجميع عشرة فيقتسمانها لكل واحد منهما خمسة وللثانى سهمان وتصح من اثنى عشر .

(فصل) اذا اشترى رجل من رجلين شقصا فللشفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر ، وبهذا قال الشافعى : وحكى عن القاضى أنه لا يملك ذلك ، وهو قول أبى حنيفة ومالك لئلا تتبعض صفقة المشترى

ولنا أن عقد الاثنين مع واحد عقدان لأنه مشتر من كل واحد منهما ملكه بثمن مفرد فكان للشفيع أخذه كما لو أفرده بعقد وبهذا ينفصل عما ذكروه ، وان اشترى اثنان نصيب واحد فللشفيع أخذ نصيب أحد المشتريين ، وبه قال مالك والشافعى وأبو حنيفة فى احدى الروايتين عنه ، وقال فى الأخرى يجوز له ذلك بعد القبض ولا يجوز قبله لانه قبل القبض تتبعض صفقة البائع .

ولنا أنهما مشتريان فجاز للشفيع أخذ نصيب أحدهما كما بعد القبض ، وما ذكروه لا نسلمه ، على أن المشترى الاخر يأخذ نصيبه فلا يكون تبعيضا ، فإن باع اثنان من اثنين فهى أربعة عقود وللشفيع أخذ الكل أو ما شاء منها .

فصل

فإذا باع شقصا لثلاثة دفعة واحدة فلشريكه أن يأخذ من الثلاثة ، وله أن يأخذ من أحدهم ، وله أن يأخذ من اثنين دون الثالث ، لأن عقد كل واحد منهما منفرد فلا يتوقف الأخذ به على الأخذ بما فى العقد الاخر ، كما لو كانت متفرقة ، فإذا أخذ نصيب واحد لم يكن للآخرين مشاركته فى الشفعة ، لأن ملكهما لم يسبق ملك من أخذ نصيبه . ولا يستحق الشفعة إلا بملك سابق ، فأما إن باع نصيبه لثلاثه فى ثلاثة عقود متفرقة ثم علم الشفيع فله أيضا أن يأخذ الثلاثه وله أن يأخذ ما شاء منها ، وان أخذ نصيب الأول لم يكن للآخرين مشاركته فى شفعته ، لأنهما لم يكن لهما ملك حين بيعه ، وإن أخذ نصيب الثانى وحده لم يملك الثالث مشاركته لذلك ، ويشاركه الأول فى شفعته لأن ملكه سابق لشراء الثانى ، فهو شريك حال شرائه . ويحتمل أن لا يشاركه لأن ملكه حال شراء الثانى يستحق أخذه بالشفعة فلا يكون سببا فى استحقاقها . وان أخذ من الثالث وعفا عن الاولين فى مشاركتهما له وجهان . وان أخذ من الثلاثه ففيه وجهان :

أحدهما أنه لا يشاركه أحد منهم لان أملاكهم قد استحقها بالشفعة فلا يستحق عليه بها شفعة .

والثانى يشاركه الثانى فى شفعة الثالث ، وهذا قول أبى حنيفة وبعض أصحاب الشافعى لانه كان مالكا ملكا صحيحا حال شراء الثالث ، ولذلك استحق مشاركته إذا عفا عن شفعته ، فكذلك إذا لم يعف ، لانه إنما استحق الشفعة بالملك الذى صار به شريكا لا بالعفو عنه ، ولذلك قلنا فى الشفيع إذا لم يعلم بالشفعة حتى باع نصيبه فله أخذ نصيب المشترى الاول وللمشترى الاول أخذ نصيب المشترى الثانى وعلى هذا يشاركه الاول فى شفعة الثانى والثالث جميعا، فعلى هذا اذا كانت دار بين اثنين نصفين فباع أحدهما نصيبه لثلاثة فى ثلاثة عقود فى كل عقد سدسا فللشفيع

السدس الاول وثلاثة أرباع الثانى وثلاثة أخماس الثالث ، وللمشترى الاول ربع السدس الثانى وخمس الثالث ، وللمشترى الثانى خمس الثالث فتصح المسألة من مائة وعشرين سهما للشفيع الاول مائة وسبعة أسهم وللثانى تسعة وللثالث أربعة . وإن قلنا ان الشفعه على عدد الرءوس فللمشترى الاول نصف السدس الثانى وثلث الثالث وللثانى ثلث الثالث وهو نصف التسع فتصح من ستة وثلاثين للشفيع تسعة وعشرون وللثانى خمسه وللثالث سهمان

(فصـــل)

دار بين أربعه أرباعا ، باع ثلاثه منهم فى عقود متفرقه ولم يعلم شريكهم ولا بعضهم ببعض . فللذى لم يبع الشفعه فى الجميع ، وهل يستحق البائع الثانى والثالث الشفعه فيما باعه البائع الاول والثانى على وجهين . وكذلك هل يستحق الثالث الشفعه فيما باعه الاول ؟ والثانى : على وجهين . وهل يستحق مشترى الربع الاول الشفعه فيما باعه الثانى والثالث ؟ أو هل يستحق الثانى شفعة الثالث ؟ على ثلاثة أوجه :

أحدها يستحقان ، لانهما مالكان حال البيع . والثانى لا حق لهما لأن ملكهما متزلزل يستحق أخذه بالشفعه فلا تثبت به . والثالث إن عفا عنهما أخذا والا فلا فإذا قلنا يشترك الجميع فللذى لم يبع ثلث كل ربع لأن له شريكين ، فصار له الربع مضموما الى ملكه فكمل له النصف والبائع والمشترى الاول الثلث لكل واحد منهما السدس لانه شريك فى شفعة بيع واحد وتصح من اثنى عشر

(فصل) وان باع الشريك نصف الشقص لرجل ثم باعه بقيته فى صفقة أخرى ثم علم الشفيع فله أخذ المبيع الاول والثانى وله أخذ أحدهما دون الثانى ، لان لكل عقد حكم نفسه ، فإن أخذ الاول لم يشاركه فى شفعته أحد ، وان أخذ الثانى فهل يشاركه المشترى فى شفعته بنصيبه الاول ؟ فيه ثلاثة أوجه .

أحدها يشاركه فيها ، وهو مذهب أبي حنيفه وبعض أصحاب الشافعى لأنه شريك وقت البيع الثانى بملكه الذى اشتراه أولا .

والثانى لا يشاركه لان ملكه على الأول لم يستقر لكون الشفيع يملك أخذه .

والثالث إن عفا الشفيع عن الأول شاركه فى الثانى وان أخذ بهما جميعا لم يشاركه

وهذا مذهب الشافعى لانه إذا عفا عنه استقر ملكه فشارك به بخلاف ما إذا أخذ ، فإن قلنا يشارك فى الشفعه ففى قدر ما يستحق وجهان :

أحدهما ثلثه . والثانى نصفه بناء على الروايتين فى قسمة الشفعة على قدر الأملاك أو عدد الرءوس ، فإذا قلنا يشاركه فعفا له عن الأول صار له ثلث العقار فى أحد الوجهين وفى الاخر ثلاثة أثمانه وباقيه لشريكه ، وإن لم يعف عن الأول فله نصف سدسه فى أحد الوجهين وفى الاخر ثمنه والباقى لشريكه . وإن باعه الشريك الشقص فى ثلاث صفقات متساوية فحكمه حكم ما لو باعه لثلاثة أنفس على ما شرحناه ، ويستحق ما يستحقون ، وللشفيع ههنا مثل ماله مع الثلاثه والله أعلم

فصـــل

وإذا كانت دار بين ثلاثه فوكل أحدهم شريكه فى بيع نصيبه مع نصيبه فباعهما لرجل واحد فلشريكهما الشفعة فيهما ، وهل له أخذ أحد النصيبين دون الاخر ؟ فيه وجهان :

أحدهما له ذلك : لأن المالك اثنان فهما بيعان ، فكان له أخذ نصيب أحدهما كما لو توليا العقد .

والثانى ليس له ذلك لأن الصفقة واحدة ، وفى أخذ أحدهما تبعيض الصفقة على المشترى فلم يجز كما لو كانا لرجل واحد : وان وكل رجل رجلا فى شراء نصف نصيب أحد الشركاء فاشترى الشقص كله لنفسه ولموكله فلشريكه أخذ نصيب أحدهما لأنهما مشتريان فأشبه ما لو وليا العقد . والفرق بين هذه الصورة والتى قبلها إن أخذ أحد النصيبين لا يفضى الى تبعيض صفقة المشترى ولانه قد يرضى شركة أحد المشتريين دون الاخر بخلاف التى قبلها فان المشترى واحد .

« مسألة » قال : (وعهدة الشفيع على المشترى وعهدة المشترى على البائع)

يعنى : أن الشفيع اذا أخذ الشقص فظهر مستحقا فرجوعه بالثمن على المشترى ويرجع المشترى على البائع وان وجده معيبا فله رده على المشترى أو أخذ أرشه منه والمشترى يرد على البائع أو يأخذ الارش منه سواء قبض الشقص من المشترى أو من البائع وبهذا قال الشافعى ، وقال ابن أبى ليلى وعثمان البتى عهدة الشفيع على

البائع لان الحق ثبت له بإيجاب البائع فكان رجوعه عليه كالمشترى ، وقال أبو حنيفه ان أخذه من المشترى فالعهدة عليه وان أخذه من البائع فالعهدة عليه لأن الشفيع اذا أخذه من البائع تعذر قبض المشترى فينفسخ البيع بين البائع والمشترى فكان الشفيع آخذا من البائع مالكا من جهته فكانت عهدته عليه

ولنا ان الشفعة مستحقة بعد الشراء وحصول الملك للمشترى ، ثم يزول الملك من المشترى الى الشفيع بالثمن فكانت العهدة عليه كما لو أخذه منه ببيع ، ولانه ملكه من جهة المشترى بالثمن فملك رده عليه بالعيب كالمشترى فى البيع الأول ، وقياسه على المشترى فى جعل عهدته على البائع لا يصح ، لأن المشترى ملكه من البائع بخلاف الشفيع . وأما اذا أخذه من البائع فالبائع نائب عن المشترى فى التسليم المستحق عليه ، ولو انفسخ العقد بين المشترى والبائع بطلت الشفعه لأنها استحقت به .

(فصل) وحكم الشفيع فى الرد بالعيب حكم المشترى من المشترى ، وان علم المشترى بالعيب ولم يعلم الشفيع فللشفيع رده على المشترى أو أخذ أرشه منه وليس للمشترى شيء ، ويحتمل أن لا يملك الشفيع أخذ الأرش ، لأن الشفيع يأخذ بالثمن الذى استقر عليه العقد ، فإذا أخذ الارش فما أخذه بالثمن الذى استقر على المشترى . وان علم الشفيع دون المشترى فليس لواحد منهما رد ولا أرش ، لأن الشفيع أخذه عالما بعيبه فلم يثبت له رد ولا أرش كالمشترى اذا علم العيب والمشترى قد استغنى عن الرد لزوال ملكه عن المبيع وحصول الثمن له من الشفيع ، ولم يملك الارش لأنه استدرك ظلامته ورجع اليه جميع ثمنه فأشبه ما لو رده على البائع ويحتمل أن يملك أخذ الارش لانه عوض عن الجزء الفائت من المبيع فلم يسقط بزوال ملكه عن المبيع ، كما لو اشترى قفيزين فتلف أحدهما وأخذ الاخر ، فعلى هذا ما يأخذه من الارش يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره ، لأن الشقص يجب عليه بالثمن الذى استقر عليه العقد فأشبه ما لو أخذ الارش قبل أخذ الشفيع منه وان علما جميعا فليس لواحد منهما رد ولا أرش ، لان كل واحد منهما دخل على بصيره ورضى ببذل الثمن فيه بهذه الصفه ، وان لم يعلما فللشفيع رده على المشترى

وللمشترى رده على البائع ، فإن لم يرده الشفيع فلا يرد المشترى لما ذكرنا أولا ، وإن أخذ الشفيع أرشه من المشترى فللمشترى أخذه من البائع ، وإن لم يأخذ منه شيئا فلا شيء للمشترى ، ويحتمل أن يملك أخذه على الوجه الذى ذكرناه ؛ فإذا أخذه فإن كان الشفيع لم يسقطه عن المشترى سقط عنه من الثمن بقدره لأنه الثمن الذى استقر عليه البيع وسكوته لا يسقط حقه ، وان أسقطه عن المشترى توفر عليه كما لو زاده على الثمن باختياره

فأما ان اشتراه بالبراءة من كل عيب فالصحيح من المذهب أن لا يبرأ فيكون كأنه لم يبرأ اليه من شيء .

وفيه رواية أخرى أنه يبرأ الا أن يكون البائع علم بالعيب فدلسه ، واشترط البراءة ؛ فعلى هذه الرواية ان علم الشفيع باشتراط البراءة فحكمه حكم المشترى لانه دخل على شرائه فصار كمشتر ثان اشترط البراءة ، وان لم يعلم ذلك فحكمه حكم ما لو علمه المشترى دون الشفيع .

« مسألة » قال (والشفعة لاتورث الا أن يكون الميت طالب بها)

وجملة ذلك : أن الشفيع اذا مات قبل الاخذ بها لم يخل من حالين .

أحدهما أن يموت قبل الطلب بها فتسقط ولا تنتقل الى الورثه . وقال أحمد : الموت يبطل به ثلاثة أشياء : الشفعة ، والحد اذا مات المقذوف ؛ والخيار اذا مات الذى اشترط الخيار لم يكن للورثه . هذه الثلاثه الاشياء انما هى بالطلب ، فإذا لم يطلب فليس تجب الا أن يشهد أنى على حق من كذا وكذا وأنى قد طلبته ، فإن مات بعده كان لوارثه الطلب به .

وروى سقوطه بالموت عن الحسن وابن سيرين والشعبي والنخعى ، وبه قال الثورى واسحاق وأصحاب الرأى . وقال مالك والشافعى والعنبرى . يورث .

قال أبو الخطاب : ويتخرج لنا مثل ذلك ، لأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فيورث ، كخيار الرد بالعيب

ولنا أنه حق فسخ ثبت لا لفوات جزء فلم يورث كالرجوع فى الهبة ، ولانه نوع خيار جعل للتمليك أشبه خيار القبول ، فأما خيار الرد بالعيب فإنه لاستدراك جزء فات من المبيع .

الحال الثانى : إذا طالب بالشفعة ثم مات فإن حق الشفعة ينتقل إلى الورثة قولا واحداً ذكره أبو الخطاب . وقد ذكرنا نص أحمد عليه لأن الحق يتقرر بالطلب ولذلك لا يسقط بتأخير الأخذ بعده وقبله يسقط ، وقال القاضى يصير الشقص ملكا للشفيع بنفس المطالبة ، وقدذكرنا أن الصحيح غير هذا فإنه لوصار ملكا للشفيع لم يصح العفو عن الشفعة بعد طلبها كما لا يصح الفعو عنها بعد الأخذ بها . فإذا ثبت هذا فإن الحق ينتقل إلى جميع الورثة على حسب مواريثهم لأنه حق مالى موروث فينتقل إلى جميعهم كسائر الحقوق المالية ، وسواء قلنا الشفعة على قدر الأملاك أو على عدد الرءوس لأن هذا ينتقل إليهم من موروثهم ، فإن ترك بعض الورثة حقه توافر الحق على سائر الورثة ولم يكن لهم أن يأخذوا إلا الكل أو يتركوا كالشفعاء إذا عفا بعضهم عن شفعته لأنا لو جوزنا أخذ بعض الشقص المبيع تبعضت الصفقة على المشترى وهذا ضرر فى حقه .

(فصل) وإن أشهد الشفيع على مطالبته بها للعذر ثم مات لم تبطل وكان للورثة المطالبة بها ، نص عليه أحمد ، لأن الاشهاد على الطلب عند العجز عنه يقوم مقامه فلم تسقط الشفعه بالموت بعد كنفس الطلب .

(فصل) وإذا بيع شقص له شفيعان فعفا أحدهما عنها وطالب الآخر بها ثم مات المطالب فورثه العافى فله أخذ الشقص بها لأنه وارث لشفيع مطالب بالشفعة فملك الأخذ بها كالأجنبي ، وكذلك لو قذف رجل أمهما وهى ميتة فعفا أحدهما فطالب الآخر ثم مات الطالب فورثه العافى ثبت له استيفاؤه بالنيابة عن أخيه الميت إذا قلنا بوجوب الحد بقذفها .

(فصل) ولو مات مفلس وله شقص فباع شريكه كان لورثته الشفعه وهذا مذهب الشافعى ، وقال أبو حنيفة : لا شفعة لهم لأن الحق انتقل إلى الغرماء .

ولنا أنه بيع فى شركة ما خلفه موروثهم شقص فكان لهم المطالبة بشفعته كغير المفلس ، ولا نسلم أن التركة انتقلت إلى الغرماء بل هى للورثه بدليل أنها لو نمت أو زاد ثمنها لحسب على الغرماء فى قضاء ديونهم : وإنما تعلق حقهم به فلم يمنع ذلك من الشفعة كما لو كان لرجل شقص مرهون فباع شريكه فانه يستحق

الشفعة به ، ولو كان للميت دار فبيع بعضها فى قضاء دينه لم يكن للورثة شفعة لأن البيع يقع لهم فلا يستحقون الشفعة على أنفسهم ، ولو كان الوارث شريكا للموروث فبيع نصيب الموروث فى دينه فلا شفعة أيضاً لأن نصيب الموروث انتقل بموته إلى الوارث فإذا بيع فقد بيع ملكه فلا يستحق الشفعة على نفسه .

(فصـــل)

ولو اشترى شقصا مشفوعا ووصى به ثم مات فللشفيع أخذه بالشفعة لأن حقه أسبق من حق الموصى له فإذا أخذه دفع الثمن إلى الورثة وبطلت الوصية لأن الموصى به ذهب فبطلت الوصية له كما لو تلف ولا يستحق الموصى له بدله لأنه لم يوص له إلا بالشقص وقد فات بأخذه .

ولو وصى رجل لإنسان بشقص ثم مات فبيع فى تركته شقص قبل قبول الموصى له فالشفعة للورثه فى الصحيح لأن الموصى به لا يصير للوصى إلا بعد القبول ولم يوجد فيكون باقيا على ملك الورثة ، ويحتمل أن يكون للوصى إذا قلنا إن الملك ينتقل اليه بمجرد الموت ، فاذا قبل الوصيه استحق المطالبه لأننا تبينا أن الملك كان له فكان المبيع فى شركته ، ولا يستحق المطالبه قبل القبول لأننا لا نعلم أن الملك له قبل القبول وإنما يتبين ذلك بقبوله فان قبل تبينا أنه كان له وإن رد تبينا أنه كان للورثه . ولا تستحق الورثه المطالبه أيضا لذلك ، ويحتمل أن لهم المطالبة لأن الاصل عدم القبول وبقاء الحق لهم ، ويفارق الموصى له من وجهين .

أحدهما : أن الاصل عدم القبول منه .

الثانى : أنه يمكنه أن يقبل ثم يطالب بخلاف الوارث فانه لا سبيل له إلى فعل ما يعلم به ثبوت الملك له أو لغيره فاذا طالبوا ثم قبل الوصى الوصيه كانت الشفعه له ويفتقر إلى الطلب منه لان الطلب الاول يتبين أنه من غير المستحق ، وإن قلنا بالرواية الاولى فطالب الورثه بالشفعه فلهم الاخذ بها ، واذا قبل الوصى أخذ الشقص الموصى به دون الشقص المشفوع لان الشقص الموصى به إنما انتقل اليه بعد الاخذ بشفعته فأشبه ما لو أخذ بها الموصى فى حياته ، وان لم يطالبوا بالشفعة حتى قبل الموصى به فلا شفعة للموصى له لان البيع وقع قبل ثبوت الملك

به وحصول شركته ، وفى ثبوتها للورثة وجهان بناء على ما لو باع الشفيع نصيبه قبل علمه ببيع شريكه .

(فصل) ولو اشترى رجل شقصاً ثم ارتد فقتل أو مات فللشفيع أخذه بالشفعة لانها وجبت بالشراء وانتقاله الى المسلمين بقتله أو موته لا يمنع الشفعة كما لو مات على الإسلام فورثه ورثته أو صار ماله لبيت المال لعدم ورثته والمطالب بالشفعة وكيل بيت المال .

(فصل) واذا اشترى المرتد شقصاً فتصرفه موقوف ، فإن قتل على ردته أو مات عليها تبينا أن شراءه باطل ولا شفعة فيه ، وان أسلم تبينا صحته وثبوت الشفعة فيه ، وقال أبو بكر تصرفه غير صحيح فى الحالين لان ملكه يزول بردته فإذا أسلم عاد اليه تمليكا مستأنفا .

وقال الشافعي وأبو يوسف : تصرفه صحيح فى الحالين وتجب الشفعة فيه ، ومبنى الشفعه ههنا على صحة تصرف المرتد ويذكر فى غير هذا الموضع ، وان بيع شقص فى شركة المرتد وكان المشترى كافراً فأخذ بالشفعه انبنى على ذلك أيضاً لان أخذه بالشفعة شراء للشقص من المشترى فأشبه شراءه لغيره . وان ارتد الشفيع المسلم وقتل بالردة أو مات عليها انتقل ماله الى المسلمين ، فإن كان طالب بالشفعة انتقلت أيضاً الى المسلمين ينظر فيها الامام أو نائبه ، وان قتل أو مات قبل طلبها بطلت شفعته كما لو مات على اسلامه ، ولو مات الشفيع المسلم ولم يخلف وارثا سوى بيت المال انتقل نصيبه الى المسلمين ان مات بعد الطلب والا فلا .

« مسألة » قال ﴿ وان أذن الشريك فى البيع ثم طلب بالشفعة بعد وقوع البيع فله ذلك ﴾

وجملة ذلك أن الشفيع اذا عفا عن الشفعة قبل البيع فقال : قد أذنت فى البيع أو أسقطت شفعتى أو ما أشبه ذلك لم تسقط وله المطالبة بها متى وجد البيع ، هذا ظاهر المذهب وهو مذهب مالك والشافعي والبتي وأصحاب الرأى . وروى عن أحمد ما يدل على أن الشفعه تسقط بذلك فإن اسماعيل بن سعيد قال : قلت لأحمد ما معنى قول النبي صلى الله عليه وسلم « من كان بينه وبين أخيه ربعة فأراد بيعها

فليعرضها عليه ، وقد جاء فى بعض الحديث « ولا يحل له إلا أن يعرضها عليه » إذا كانت الشفعة ثابتة له ؟ فقال : ما هو ببعيد من أن يكون على ذلك وأن لا تكون له الشفعة ، وهذا قول الحكم والثورى وأبى عبيد وأبى خيثمة وطائفة من أهل الحديث .

قال ابن المنذر . وقد اختلف فيه عن أحمد فقال مرة تبطل شفعته وقال مرة لا تبطل ، واحتجوا بقول النبى صلى الله عليه وسلم « من كان له شركة فى أرض ربعة أو حائط فلا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك » ومحال أن يقول النبى صلى الله عليه وسلم « ومن شاء ترك » فلا يكون لتركه معنى ، ومفهوم قوله فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به أنه إذا باعه بإذنه لا حق له . ولان الشفعة ثبتت فى موضع الاتفاق على خلاف الاصل لكونه يأخذ ملك المشترى من غير رضائه ويجبره على المعاوضة به لدخوله مع البائع فى العقد الذى أساء فيه بإدخاله الضرر على شريكه وتركه الإحسان إليه فى عرضه عليه وهذا المعنى معدوم ههنا فإنه قد عرضه عليه وامتناعه من أخذه دليل على عدم الضرر فى حقه ببيعه وإن كان فيه ضرر فهو أدخله على نفسه فلا يستحق الشفعه كما لو أخر المطالبه بعد البيع .

ووجه الاول أنه اسقاط حق قبل وجوبه فلم يصح كما لو أبرأه مما يجب له أو أسقطت المرأة صداقها قبل التزويج ، وأما الخبر فيحتمل أنه أراد العرض عليه ليبتاع ذلك ان أراد فتخف عليه المؤنة ويكتفى أخذ المشترى الشقص لا اسقاط حقه من شفعته .

(فصل) اذا توكل الشفيع فى البيع لم تسقط شفعته بذلك سواء كان وكيل البائع أو المشترى ذكره الشريف وأبو الخطاب وهو ظاهر مذهب الشافعى ، وقال القاضى وبعض الشافعية ان كان وكيل البائع فلا شفعة له لانه تلحقه التهمه فى البيع لكونه يقصد تقليل الثمن ليأخذ به بخلاف وكيل المشترى ، وقال أصحاب الرأى لا شفعة لوكيل المشترى بناء على أصلهم أن الملك ينتقل الى الوكيل فلا يستحق على نفسه .

ولنا أنه وكيل فلا تسقط شفعته كالآخر ولا نسلم أن الملك ينتقل الى الوكيل انما ينتقل الى الموكل ثم لو انتقل الى الوكيل لما ثبتت فى ملكه انما ينتقل فى الحال

الى الموكل فلا يكون الاخذ من نفسه ولا الاستحقاق عليها . وأما التهمة فلا تؤثر لان الموكل وكله مع علمه بثبوت شفعته راضيا بتصرفه مع ذلك فلا يؤثر كما لو أذن لوكيل فى الشراء من نفسه . فعلى هذا لو قال لشريكه بع نصف نصيبى مع نصف نصيبك ففعل ثبتت الشفعة لكل واحد منهما فى المبيع من نصيب صاحبه وعند القاضى تثبت فى نصيب الوكيل دون نصيب الموكل .

(فصل) وان ضمن الشفيع العهدة للمشترى أو شرط له الخيار فاختار امضاء العقد لم تسقط شفعته وبهذا قال الشافعى ، وقال أصحاب الرأى تسقط لان العقد تم به فأشبه البائع اذا باع بعض نصيب نفسه ، ولنا أن هذا سبب سبق وجوب الشفعة فلم تسقط به الشفعة كالاذن فى البيع والعفو عن الشفعة قبل تمام البيع . وما ذكروه لا يصح فان البيع لا يقف على الضمان ويبطل بما اذا كان المشترى شريكا فان البيع قد تم به وتثبت له الشفعة بقدر نصيبه .

(فصل) واذا كانت دار بين ثلاثة فقارض واحد منهم أحد شريكيه بألف فاشترى به نصف نصيب الثالث لم تثبت فيه شفعة فى أحد الوجهين لان أحد الشريكين رب المال والاخر العامل فهما كالشريكين فى المتاع فلا يستحق أحدهما على الآخر شفعة ، وان باع الثالث باقى نصيبه لأجنبى كانت الشفعه مستحقة بينهم أخماسا لرب المال خمساها وللعامل خمساها ولمال المضاربه خمسها بالسدس الذى له فيجعل مال المضاربة كشريك آخر لان حكمه متميز عن مال كل واحد منهما .

(فصل)

فان كانت الدار بين ثلاثة أثلاثا فاشترى أجنبى نصيب أحدهم فطالبه أحد الشريكين بالشفعه فقال انما اشتريته لشريكك لم تؤثر هذه الدعوى فى قدر ما يستحق من الشفعه فان الشفعه بين الشريكين نصفين سواء اشتراها الاجنبى لنفسه أو للشريك الاخر ، وان ترك المطالب بالشفعه حقه منها بناء على هذا القول ثم تبين كذبه لم تسقط شفعته وان أخذ نصف المبيع لذلك ثم تبين كذب المشترى وعفا الشريك عن شفعته فله أخذ نصيبه من الشفعة لان اقتصاره على أخذ النصف بنى على خبر المشترى فلم يؤثر فى اسقاط الشفعه واستحق أخذ الباقى لعفو شريكه عنه وان امتنع من أخذ الباقى سقطت شفعته كلها لانه لا يملك تبعيض صفقة المشترى ، ويحتمل أن لا يسقط حقه

من النصف الذى أخذه ولا يبطل أخذه له لأن المشترى أقر بما تضمن استحقاقه لذلك فلا يبطل برجوعه عن إقراره ، وان أنكر الشريك كون الشراء له وعفا عن شفعته وأصر المشترى على الإقرار للشريك به فللشفيع أخذ الكل لأنه لامنازع له فى استحقاقه وله الاقتصار على النصف لإقرار المشترى له باستحقاق ذلك

(فصل) وان قال أحد الشفيعين للمشترى شراؤك باطل وقال الآخر هو صحيح فالشفعة كلها للمعترف بالصحه ، وكذلك إن قال ما اشتريته إنما اتهبته وصدقه الآخر أنه اشتراه فالشفعة للمصدق بالشراء لأن شريكه مسقط لحقه باعترافه أنه لا بيع صحيح ولو احتال المشترى على إسقاط الشفعة بحيلة لا تسقطها فقال أحد الشفيعين قد سقطت الشفعة توفرت على الآخر لاعتراف صاحبه بسقوطها ولو توكل أحد الشفيعين فى البيع أو الشراء أو ضمن عهدة المبيع أو عفا عن الشفعة قبل البيع وقال لا شفعة لى لذلك توفرت على الآخر ، وان اعتقد أن له شفعة وطالب بها فارتفع الى حاكم فحكم بأنه لاشفعة له توفرت على الآخر لأنها سقطت بحكم الحاكم فأشبه ما لو سقطت بإسقاط المستحق .

(فصـــل)

إذا ادعى رجل على آخر ثلث داره فأنكر ثم صالحه عن دعواه بثلث دار أخرى صح ووجبت الشفعه فى الثلث المصالح به لأن المدعى يزعم أنه محق فى دعوه وأن ما أخذه عوض عن الثلث الذى ادعاه فلزمه حكم دعواه ووجبت الشفعة ولاشفعة على المنكر فى الثلث المصالح عنه لأنه يزعم أنه على ملكه لم يزل وإنما دفع ثلث داره الى المدعى اكتفاء لشره ودفعا لضرر الخصومة واليمين عن نفسه فلم تلزمه فيه شفعة .

وإن قال المنكر المدعى خذ الثلث الذى تدعيه بثلث دارك ففعل فلا شفعة على المدعى فيما أخذه وعلى المنكر الشفعة فى الثلث الذى أخذه لأنه يزعم أنه أخذه عوضا عن ملكه الثابت له ، وقال أصحاب الشافعى تجب الشفعة فى الثلث الذى أخذه المدعى أيضاً لأنها معاوضة من الجانبين بشقصين فوجبت الشفعة فيهما كما لو كانت بين مقرين .

ولنا أن المدعى يزعم أن ما أخذه كان ملكا له قبل الصلح ولم يتجدد له عليه ملك وإنما استنقذه بصلحه فلم تجب فيه شفعة كما لو أقر له به .

(فصل) إذا كانت دار بين ثلاثة أثلاثا فاشترى أحدهم نصيب أحد شريكيه ثم باعه لأجنبي ثم علم شريكه فله أن يأخذ بالعقدين وله الاخذ بأحدهما لانه شريك فيهما فإن أخذ بالعقد الثاني أخذ جميع مافي يد مشتريه لأنه لا شريك له في شفعته وإن أخذ بالعقد الاول ولم يأخذ بالثاني أخذ نصف المبيع وهو السدس لان المشتري شريكه في شفعته ويأخذ نصفه من المشتري الأول ونصفه من المشتري الثاني لان شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما نصفين لكل واحد منهما السدس فاذا باع الثلث من جميع مافي يده وفي يده ثلثان فقد باع نصف مافي يده والشفيع يستحق ربع مافي يده وهو السدس فصار منقسما في يديهما نصفين فيأخذ من كل واحد منهما نصفه وهو نصف السدس ويدفع ثمنه الى الأول ، ويرجع المشتري الثاني على الاول بربع الثمن الذي اشترى به وتكون المسألة من اثني عشر ثم ترجع الى أربعة للشفيع نصف الدار ولكل واحد من الاخرين الربع .

وإن أخذ بالعقدين أخذ جميع مافي يد الثاني وربع مافي يد الأول فصار له ثلاثة أرباع الدار ولشريكه الربع ويدفع الى الاول نصف الثمن الاول ويدفع الى الثاني ثلاثة أرباع الثاني ويرجع الثاني على الأول بربع الثمن الثاني لأنه يأخذ نصف ما اشتراه الاول وهو السدس فيدفع اليه نصف الثمن لذلك وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني وهو ربع مافي يده فيأخذه منه ويرجع الثاني على الاول بثمنه وبقي المأخوذ من الثاني ثلاثة أرباع ما اشتراه فأخذها منه ودفع اليه ثلاثة أرباع الثمن ، وان كان المشتري الثاني هو البائع الأول فالحكم على ما ذكرنا لا يختلف ، وان كانت الدار بين الثلاثة أرباعا لأحدهم نصفها وللآخرين نصفها بينهما فاشترى صاحب النصف من أحد شريكيه ربعه ثم باع ربعا مما في يده لاجنبي ثم علم شريكه فأخذ بالبيع الثاني أخذ جميعه ودفع الى المشتري ثمنه .

وان أخذ بالبيع الاول وحده أخذ ثلث المبيع وهو نصف سدس لأن المبيع كله ربع فثلثه نصف سدس يأخذ ثلثه من المشتري الاول وثلثه من الثاني ، ومخرج

ذلك من ستة وثلاثين ، النصف ثمانية عشر ولكل واحد منهما تسعة ، فلما اشترى صاحب النصف تسعة كانت شفعتها بينه وبين شريكه الذي لم يبع أثلاثاً لشريكه ثلثها ثلاثة ، فلما باع صاحب النصف ثلث ما في يده حصل في المبيع من الثلاثة ثلثها وهو سهم بقي في يد البائع منها سهمان فترد الثلاثة الى الشريك ويصير في يده اثنا عشر وهي الثلث ويبقى في يد المشترى الثاني ثمانية وهي تسعان وفي يد صاحب النصف ستة عشر وهي أربعة أتساع ويدفع الشريك الثمن الى المشترى الأول ويرجع المشترى الثاني عليه بتسع الثمن الذي اشترى به لأنه قد أخذ منه تسع مبيعه وان أخذ بالعقدين أخذ من الثاني جميع ما في يده وأخذ من الأول نصف التسع وهو سهمان من ستة وثلاثين فيصير في يده عشرون سهماً وهي خمسة أتساع ويبقى في يد الاول ستة عشر سهما وهي أربعة أتساع ويدفع اليه ثلث الثمن الاول ويدفع الى الثاني ثمانية أتساع الثمن الثاني ويرجع الثاني على الاول بتسع الثمن الثاني

(فصل)

إذا كانت دار بين ثلاثة لزيد نصفها ولعمرو ثلثها ولبكر سدسها فاشترى بكر من زيد ثلث الدار ثم باع عمراً سدسها ولم يعلم عمرو بشراء الثلث ثم علم فله المطالبة بحقه من شفعة الثلث وهو ثلثاه وذلك تسعا الدار فيأخذ من بكر ثلثي ذلك وقد حصل ثلثه الباقي في يده بشرائه للسدس فيفسخ بيعه فيه ويأخذه بشفعة البيع الاول ويبقى من مبيعه خمسة أتساعه لزيد ثلث شفعته فيقسم بينهما أثلاثاً .

وتصح المسألة من مائة واثنين وستين سهما الثلث المبيع أربعة وخمسون سهما لعمرو ثلثاها بشفعته ستة وثلاثون سهما يأخذ ثلثيها من بكر وهي أربعة وعشرون سهما وثلثها في يده اثنا عشر سهما والسدس الذي اشتراه سبعه وعشرون سهما قد أخذ منها اثني عشر بالشفعه بقي منها خمسة عشر له ثلثاها عشرة ويأخذ منها زيد خمسة فحصل لزيد اثنان وثلاثون سهما ولبكر ثلاثون سهما ولعمرو مائة سهم وذلك نصف الدار وتسعها ونصف تسع تسعها ويدفع عمرو إلى بكر ثلثي الثمن في البيع الأول وعليه وعلى زيد خمسة أتساع الثمن الباقي بينهما أثلاثا ، وإن عفا عمرو عن شفعة الثلث فشفعة السدس الذي اشتراه بينه وبين زيد أثلاثا

ويحصل لعمرو أربعة أتساع الدار لزيد تسعاها ولبكر ثلثها وتصح من تسعة ، وان باع بكر السدس لأجنبي فهو كبيعه إياه لعمرو إلا أن لعمرو العفو عن شفعته فى السدس بخلاف ما إذا كان هو المشترى فإنه لا يصح عفوه عن نصيبه منها ، وان باع بكر الثلث لأجنبي فلعمرو ثلثا شفعة المبيع الأول وهو التسعان يأخذ ثلثهما من بكر وثلثهما من المشترى الثانى وذلك تسع وثلث تسع يبقى فى يد الثانى سدس وسدس تسع وهو عشرة من أربعة وخمسين بين عمرو وزيد أثلاثا ، وتصح أيضا من مائة واثنين وستين ويدفع عمرو الى بكر ثلثى ثمن مبيعه : ويدفع هو وزيد الى المشترى الثانى ثمن خمسة أسباع مبيعه بينهما أثلاثا ويرجع المشترى الثانى على بكر بثمن أربعة أتساع مبيعه ، وان لم يعلم عمرو حتى باع مما فى يده سدسا لم تبطل شفعته فى أحد الوجوه وله أن يأخذ بها كما لو لم يبع شيئا (الثانى) تبطل شفعته كلها والثالث تبطل فى قدر ما باع وتبقى فيما لم يبع : وقد ذكرنا توجيه هذه الوجوه . فأما شفعة ما باعه ففيها ثلاثه أوجه

أحدها : أنها بين المشترى الثانى وزيد وبكر أرباعا للمشترى نصفها ولكل واحد منهما ربعها على أملاكهم حين بيعه .

والثانى : أنها بين زيد وبكر على أربعه عشر سهما لزيد تسعه ولبكر خمسة لان لزيد السدس ولبكر سدس يستحق منه أربعة أتساعه بالشفعه فيبقى معه خمسة أتساع السدس ملكه مستقر عليها فأضفناه إلى سدس زيد وقسمنا الشفعه على ذلك ولم نعط المشترى الثانى ولا بكراً بالسهام المستحقه بالشفعه شيئا لأن الملك عليها غير مستقر .

والثالث . إن عفا لهم عن الشفعه استحقوا بها وان أخذت بالشفعة لم يستحقوا بها شيئا وان عفا عن بعضهم دون بعض استحق المعفو عنه بسهامه دون غير المعفو عنه ، وما بطلت الشفعة فيه ببيع عمرو فهو بمنزلة المعفو عنه فيخرج فى قدره وجهان ولو استقصينا فروع هذه المسألة على سبيل البسط لطال ، وخرج إلى الاملال .

(فصل وإذا كانت دار بين أربعة أرباعا فاشترى اثنان منهم نصيب أحدهم استحق الرابع الشفعة عليهما واستحق كل واحد من المشتريين الشفعة على صاحبه فإن طالب كل واحد منهم بشفعته قسم المبيع بينهم أثلاثا وصارت الدار بينهم كذلك

وإن عفا الرابع وحده قسم المبيع بين المشتريين نصفين . وكذلك ان عفا الجميع عن شفعتهم فيصير لهما ثلاثة أرباع الدار وللرابع الربع بحاله ، وان طالب الرابع وحده أخذ منهما نصف المبيع ، لأن كل واحد منهما له من الملك مثل ما للطالب ، فشفعة مبيعه بينه وبين شفيعه نصفين ، فيحصل للرابع ثلاثة أثمـــان الدار وباقيها بينهما نصفين وتصح من ستة عشر ؛ وان طالب الرابع وحده أحدهما دون الآخر قاسمه الثمن نصفين ، فيحصل للمعفو عنه ثلاثة أثمان والباقى بين الرابع والآخر نصفين ، وتصح من ستة عشر .

وان عفا أحد المشتريين ولم يعف الآخر ولا الرابع قسم مبيع المعفو عنه بينه وبين الرابع نصفين ومبيع الاخر بينهم أثلاثاً . فيحصل للذى لم يعفو عنه ربع وثلث ثمن وذلك ســـدس وثمن والباقى بين الاخرين نصفين ، وتصح من ثمانية وأربعين ، وان عفا الرابع عن أحدهما ولم يعف أحدهما عن صـاحبه أخذ من لم يعفو عنه ثلث الثمن والباقى بينهما نصفين ويكون الرابع كالعافى فى التى قبلها ، ويصح أيضا من ثمانية وأربعين .

وان عفا الرابع وأحدهما عن الاخر ولم يعف الاخر فلغير العافى ربع وسدس والباقى بين العافيين نصفين لكل واحد منهما سدس ثمن وتصح من أربعة وعشرين وما يفرع من المسائل فهو على مساق ما ذكرنا .

« مسألة » قال (ولا شفعة لكافر على مسلم)

وجملة ذلك أن الذمى اذا باع شريكه شقصا لمسلم فلا شفعة له عليه . روى ذلك عن الحسن والشعبي : وروى عن شريح وعمر بن عبد العزيز أن له الشفعة ، وبه قال النخعي واياس بن معاوية وحماد بن أبى سليمان والثورى ومالك والشـافعى والعنبرى وأصحاب الرأى لعموم قوله عليه السلام «لايحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه ، وان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به » ولانه خيار ثابت لدفع الضرر بالشراء، فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب

ولنا ما روى الدارقطنى فى كتاب العلل بإسناده عن أنس أن النبي (ص) قال « لا شفعة لنصرانى » وهذا يخص عموم ما احتجوا به ، ولانه معنى يملك به يترتب

على وجود ملك مخصوص ، فلم يجب للذمى على المسلم كالزكاة ، ولانه معنى يختص العقار فأشبه الاستعلاء فى البنيان ، يحققه أن الشفعة انما ثبتت للمسلم دفعاً للضرر عن ملكه فقدم دفع ضرره على دفع ضرر المشترى ، ولا يلزم من تقديم دفع ضرر المسلم على المسلم تقديم دفع ضرر الذمى ، فإن حق المسلم أرجح ورعايته أولى ، ولأن ثبوت الشفعة فى محل الإجماع على خلاف الاصل رعاية لحق الشريك المسلم وليس الذمى فى معنى المسلم فيبقى فيه على مقتضى الاصل وتثبت الشفعه للمسلم على الذمى لعموم الادلة الموجبة ، لانها اذا ثبتت فى حق المسلم على المسلم مع عظم حرمته ورعاية حقه ، فلأن تثبت على الذمى مع دناءته أولى وأحرى

(فصـــل)

وتثبت للذمى على الذمى لعموم الاخبار ، ولأنهما تساويا فى الدين والحرمة فتثبت لأحدهما على الاخر كالمسلم على المسلم ، ولا نعلم فى هذا خلافا ، وان تبايعوا بخمر أو خنزير وأخذ الشفيع بذلك لم ينقض ما فعلوه ، وان كان التقابض جرى بين المتبايعين دون الشفيع وترافعوا الينا لم نحكم له بالشفعه ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو الخطاب : ان تبايعوا بخمر وقلنا هى مال لهم حكمنا لهم بالشفعه

وقال أبو حنيفه : تثبت الشفعه اذا كان الثمن خمرا لانها مال لهم ، فأشبه ما لو تبايعوا بدراهم ، لكن ان كان الشفيع ذميا أخذه بمثله ، وان كان مسلما أخذه بقيمة الخمر .

ولنا أنه بيع عقد بخمر فلم تثبت فيه الشفعه ، كما لو كان بين مسلمين ، ولانه عقد بثمن محرم أشبه البيع بالخنزير والميتة ، ولا نسلم أن الخمر مال لهم ، فإن الله تعالى حرمه كما حرم الخنزير ، واعتقادهم حله لا يجعله مالا كالخنزير ، وانما لم ينقض عقدهم اذا تقابضوا لاننا لا نتعرض لما فعلوه مما يعتقدونه فى دينهم ما لم يتحاكموا الينا قبل تمامه ، ولو تحاكموا الينا قبل التقابض لفسخناه

(فصـل فأما أهل البدع فمن حكم بإسلامه فله الشفعه ، لأنه مسلم فتثبت له الشفعة كالفاسق بالأفعال ، ولأن عموم الأدلة يقتضى ثبوتها لكل شريك فيدخل فيها .

وقد روى حرب أن أحمد سئل عن أصحاب البدع هل لهم شفعة ؟ ويروى عن ابن ادريس أنه قال . ليس للرافضه شفعه ، فضحك وقال : أراد أن يخرجهم من الاسلام ، فظاهر هذا أنه أثبت لهم الشفعه ، وهذا محمول على غير الغلاة منهم وأما من غلا كالمعتقد أن جبريل غلط فى الرسالة فجاء الى النبى صلى الله عليه وسلم وانما أرسل الى على ونحوه ، ومن حكم بكفره من الدعاة الى القول بخلق القرآن فلا شفعة له ، لان الشفعه اذا لم تثبت للذمى الذى يقر على كفره فغيره أولى

(فصـــل)

وتثبت الشفعه للبدوى على القروى وللقروى على البدوى فى قول أكثر أهل العلم . وقال الشعبي والبتى : لا شفعة لمن لم يسكن المصر

ولنا عموم الادلة واشتراكهما فى المعنى المقتضى لوجوب الشفعه

(فصل) قال أحمد فى رواية حنبل : لا نرى فى أرض السواد شفعه ، وذلك لأن أرض السواد موقوفه ، وقفها عمر رضى الله عنه على المسلمين ، ولا يصح بيعها ، والشفعه انما تكون فى البيع ، وكذلك الحكم فى سائر الارض التى وقفها عمر رضى الله عنه ، وهى التى فتحت عنوة فى زمنه ولم يقسمها كأرض الشام وأرض مصر ، وكذلك كل أرض فتحت عنوة ولم تقسم بين الغانمين الا أن يحكم ببيع ذلك حاكم أو يفعله الإمام أو نائبه . فإن فعل ذلك ثبتت فيه الشفعه لأنه فصل مختلف فيه ، ومتى حكم الحاكم فى المختلف فيه بشىء نفذ حكمه والله أعلم .

كتاب المساقاة

المساقاة أن يدفع الرجل شجره إلى آخر ليقوم بسقيه وعمل سائر مايحتاج اليه بجزء معلوم له من ثمره ، وإنما سميت مساقاة لأنها مفاعلة من السقي لأن أهل الحجاز أكثر حاجة شجرهم إلى السقي لأنهم يستقون من الآبار فسميت بذلك والاصل في جوازها السنة والاجماع .

أما السنة : فما روى عبد الله بن عمر رضي الله عنه قال « عامل رسول الله (ص) أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع » حديث صحيح متفق عليه .

وأما الاجماع فقال أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وعن آبائه عامل رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر بالشطر ، ثم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي ثم أهلوهم إلى اليوم يعطون الثلث والربع ، وهذا عمل به الخلفاء الراشدون في مدة خلافتهم ، واشتهر ذلك فلم ينكره منكر فكان إجماعا فإن قيل لانسلم أنه لم ينكره منكر فإن عبد الله بن عمر راوي حديث معاملة أهل خيبر قد رجع عنه وقال: كنا نخابر أربعين سنة حتى حدثنا رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة ، وهذا يمنع انعقاد الاجماع ويدل على نسخ حديث ابن عمر لرجوعه عن العمل به إلى حديث رافع ، قلنا لايجوز حمل حديث رافع على مايخالف الاجماع ، ولا حديث ابن عمر لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يزل يعامل أهل خيبر حتى مات ثم عمل به الخلفاء بعده ثم من بعدهم ، فكيف يتصور نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن شيء ثم يخالفه ؟ أم كيف يعمل بذلك في عصر الخلفاء ولم يخبرهم من سمع النهي عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو حاضر معهم وعالم بفعلهم فلم يخبرهم ، فلو صح خبر رافع لوجب حمله على مايوافق السنة والاجماع ، وعلى أنه قد روى في تفسير خبر رافع عنه مايدل على صحة قولنا فروى البخاري بإسناده قال: كنا نكرى الارض بالناحية منها تسمى لسيد الارض فربما يصاب ذلك وتسلم الارض ، وربما تصاب الارض ويسلم ذلك فنهينا ، فأما الذهب والورق فلم يكن يومئذ ، روى تفسيره أيضا بشيء غير هذا من أنواع الفساد وهو مضطرب جداً .

قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل عن حديث رافع بن خديج : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزارعة . فقال رافع روى عنه فى هذا ضروب ، كأنه يريد أن اختلاف الروايات عنه يوهن حديثه . وقال طاوس إن أعلمهم ، يعنى ابن عباس ، أخبرنى أن النبى صلى الله عليه وسلم لم ينه عنه ولكن قال « لأن يمنح أحدكم أخاه أرضه خير من أن يأخذ عليها خراجا معلوما » رواه البخارى ومسلم

وأنكر زيد بن ثابت حديث رافع عليه ، وكيف يجوز نسخ أمر فعله النبى صلى الله عليه وسلم حتى مات وهو يفعله ثم أجمع عليه خلفاؤه وأصحابه بعده بخبر لا يجوز العمل به ولو لم يخالفه غيره ؟ ورجوع ابن عمر اليه يحتمل أنه رجع عن شىء من المعاملات الفاسدة التى فسرها رافع فى حديثه ، وأما غير ابن عمر فقد أنكر على رافع ولم يقبل حديثه وحمله على أنه غلط فى روايته ، والمعنى يدل على ذلك ؛ فإن كثيراً من أهل النخيل والشجر يعجزون عن عمارته وسقيه ولا يمكنهم الاستئجار عليه ، وكثير من الناس لا شجر لهم ويحتاجون إلى الثمر ، ففى تجويز المساقاة دفع للحاجتين وتحصيل لمصلحة الفئتين ، فجاز ذلك كالمضاربة بالأثمان

« مسألة » قال أبو القاسم (وتجوز المساقاة فى النخل والشجر والكرم بجزء معلوم يجعل للعامل من الثمر)

وجملة ذلك أن المساقاة جائزة فى جميع الشجر المثمر . هذا قول الخلفاء الراشدون رضى الله عنهم ، وبه قال سعيد بن المسيب وسالم ومالك والثورى والأوزاعى وأبو يوسف ومحمد وإسحاق وأبو ثور وقال داود لا يجوز إلا فى النخيل لان الخبر إنما ورد بها فيه ، وقال الشافعى لا يجوز إلا فى النخيل والكرم لأن الزكاة تجب فى ثمرتهما . وفى سائر الشجر قولان

أحدهما . لا تجوز فيه . لأن الزكاة لا تجب فى نمائه فأشبه مالا ثمرة له : وقال أبو حنيفة وزفر لا تجوز بحال لأنها إجارة بثمرة لم تخلق أو إجارة بثمرة مجهولة أشبه إجارة نفسه بثمرة غير الشجر الذى يسقيه .

ولنا السنة والاجماع ولا يجوز التعويل على ما خالفهما ، وقولهم إنها إجارة غير صحيح إنما هو عقد على العمل فى المال ببعض نمائه فهو كالمضاربة ، وينكسر ماذكروه بالمضاربة فانه يعمل فى المال بنمائه وهو معدوم مجهول وقد جاز بالاجماع

وهـذا فى معناه ، ثم قد جوز الشارع العقد فى الإجارة على المنافع المعدومة للحاجة فلم لا يجوز على الثمرة المعدومة للحاجة ، مع أن القياس إنما يكون فى إلحاق المسكوت عنه بالمنصوص عليه أو المجمع عليه . فأما فى إبطال نص وخرق إجماع بقياس نص آخر فلا سبيل اليه . وأما تخصيص ذلك بالنخيل أو به وبالكرم فيخالف عموم قوله : عامل رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر بشطر مايخرج منها من زرع أو ثمر ، وهذا عام فى كل ثمر ، ولا تكاد بلدة ذات أشجار تخلو من شجر غير النخيل : وقد جاء فى لفظ بعض الأخبار أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من النخل والشجر ، ولأنه شجر يثمر كل حول وأشبه النخيل والكرم ، ولأن الحاجة تدعو الى المساقاة عليه كالنخل وأكثر لكثرته فجازت المساقاة عليه كالنخل ، ووجوب الزكاة ليس من العلة المجوزة للمساقاة ولا أثر له فيها وإنما العلة ما ذكرناه

(فصـل)

فأما مالا ثمر له من الشجر : كالصفصاف والجوز ونحوهما ، أو له ثمر غير مقصود كالصنوبر والارز فلا تجوز المساقاة عليه ، وبه قال مالك والشافعى ولا نعلم فيه خلافا لانه ليس بمنصوص عليه ولا فى معنى المنصوص ، ولأن المساقاة انما تكون بجزء من الثمرة وهذا لا ثمرة له الا أن يكون مما يقصد ورقه كالتوت والورد ، فالقياس يقتضى جواز المساقاة عليه لانه فى معنى الثمر ، لانه نماء يتكرر كل عام ويمكن أخذه والمساقاة عليه بجزء منه فيثبت له مثل حكمه

(فصل) وان ساقاه على ثمرة موجودة ، فذكر أبو الخطاب فيها روايتين :

احداهما تجوز ، وهو اختيار أبى بكر ، وهو قول مالك وأبى يوسف ومحمد وأبى ثور وأحد قولى الشافعى ، لأنها اذا جازت فى المعدومة مع كثرة الغرر فيها فمع وجودها وقلة الغرر فيها أولى ، وانما تصح اذا بقى من العمل ما يستزاد به الثمرة كالتأبير والسقى واصلاح الثمرة ، فإن بقى مالا تزيد به الثمرة كالجذاذ ونحوه لم يجز بغير خلاف

والثانية : لا تجوز وهو القول الثاني للشافعي ، لأنه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على الشطر مما يخرج من ثمر أو زرع ، ولأن هذا يفضي إلى أن يستحق بالعقد عوضاً موجوداً ينتقل الملك فيه عن رب المال إلى المساقي فلم يصح كما لو بدا صلاح الثمرة ، ولأنه عقد على العمل في المال ببعض نمائه فلم يجز بعد ظهور النماء كالمضاربة ، ولأن هذا جعل العقد إجارة بمعلوم ومجهول فلم يصح كما لو استأجره على العمل بذلك .

وقولهم : إنه أقل غرراً : قلنا قلة الغرر ليست من المقتضى للجواز ، ولا كثرته الموجودة في محل النص مانعة فلا تؤثر قلته شيئاً ، والشرع ورد به على وجه لا يستحق العامل فيه عوضاً موجوداً ولا ينتقل إليه من ملك رب المال شيء وإنما يحدث النماء الموجود على ملكهما على ما شرطاه فلم تجز مخالفة هذا الموضوع ، ولا إثبات عقد ليس في معناه إلحاقاً به كما لو بدا صلاح الثمرة كالمضاربة بعد ظهور الربح .

(فصـــل) فأما قول الخرقي (بجزء معلوم يجعل للعامل من الثمر) فيدل على شيئين .

أحدهما : أن المساقاة لا تصح إلا على جزء معلوم من الثمرة مشاع كالنصف والثلث لحديث ابن عمر عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها وسواء قل الجزء أو كثر ، فلو شرط للعامل جزءاً من مائة جزء ، وجعل جزءاً منها لنفسه والباقي للعامل جاز ما لم يفعل ذلك حيلة ، وكذلك إن عقده على أجزاء معلومة كالخمسين وثلاثة أثمان أو سدس ونصف سبع ونحو ذلك جاز ، وإن عقد على جزء مبهم كالسهم والجزء والنصيب والحظ ونحوه لم تجز لأنه إذا لم يكن معلوما لم تمكن القسمة بينهما ، ولو ساقاه على آصع معلومة ، أو جعل مع الجزء المعلوم آصعا لم تجز لأنه ربما لم يحصل ذلك أو لم يحصل غيره فيستضر رب الشجر أو ربما كثر الحاصل فيستضر العامل ، وإن شرط له ثمر نخلات بعينها لم تجز لأنها قد لا تحمل فتكون الثمرة كلها لرب المال ، وقد لا تحمل غيرها فتكون الثمرة كلها للعامل ، ولهذه العلة نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المزارعة التي يجعل فيها لرب الأرض مكانا معينا وللعامل مكانا معينا .

قال رافع : كنا نكرى الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ، ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك ، فأما الذهب والورق فلم ينهنا ، متفق عليه ، فمتى شرط شيئا من هذه الشروط الفاسدة فسدت المساقاة ، والثمرة كلها لرب المال لأنها نماء ملكه ، وللعامل أجر مثله كالمضاربة الفاسدة .

الثانى : أن الشرط للعامل لأنه إنما يأخذ بالشرط فالشرط يراد لأجله ورب المال يأخذ بماله لا بالشرط ، فإذا قال ساقيتك على أن لك ثلث الثمرة صح ، وكان الباقى لرب المال . وإن قال على أن لى ثلث الثمرة ، فقال ابن حامد يصح والباقى للعامل ، وقيل لا يصح ، وقد ذكرنا تعليل ذلك فى المضاربة ، وإن اختلفا فى الجزء المشروط لمن هو منهما فهو للعامل لأن الشرط يراد لأجله كما ذكرنا .

(فصل) إذا كان فى البستان شجر من أجناس كالتين والزيتون والكرم والرمان فشرط للعامل من كل جنس قدراً كنصف ثمر التين وثلث الزيتون وربع الكرم وخمس الرمان ، أو كان فيه أنواع من جنس فشرط من كل نوع قدراً وهما يعلمان قدر كل نوع صح لأن ذلك كأربعة بساتين ساقاه على كل بستان بقدر مخالف للقدر المشروط من الآخر . وإن لم يعلما قدره أو لم يعلم أحدهما ، لم يجز لأنه قد يكون أكثر ما فى البستان من النوع الذى شرط فيه القليل أو أكثره مما شرط فيه الكثير ، ولو قال : ساقيتك على هذين البستانين بالنصف من هذا والثلث من هذا صح لأنها صفقة واحدة جمعت عوضين فصار كأنه قال بعتك دارى هاتين : هذه بألف وهذه بمائة ، وإن قال . بالنصف من أحدهما والثلث من الآخر لم يصح لأنه مجهول لا يدرى أيهما الذى يستحق نصفه ، ولا الذى يستحق ثلثه ، ولو ساقاه على بستان واحد نصفه هذا بالنصف ونصفه هذا بالثلث وهما متميزان صح لأنهما كبستانين .

فصل

وان كان البستان لاثنين فساقيا عاملا واحداً على أن له نصف نصيب أحدهما ، وثلث نصيب الآخر والعامل عالم بنصيب كل واحد منهما جاز ، لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان ، ولو أفرد كل واحد منهما بعقد كان له أن يشرط ما اتفقا عليه ، وإن جهل نصيب كل واحد منهما لم يجز لأنه غرر فإنه قد يقل نصيب من شرط النصف فيقل حظه ، وقد يكثر فيتوفر حظه فأما ان شرطا قدراً واحداً من

مالهما جاز ، وإن لم يعلم قدر ما لكل واحد منهما لانها جهالة لا غرر فيها ولاضرر فصار كما لو قالا بعناك دارنا هذه بألف ولم يعلم نصيب كل واحد منهما جاز لانه أى نصيب كان فقد علم عوضه وعلم جملة المبيع فصح كذلك ههنا ، ولو ساقى واحد اثنين جاز ويجوز أن يشرط لهما التساوى فى النصيب ويجوز أن يشرط لاحدهما أكثر من الاخر .

(فصل) ولو ساقاه ثلاث سنين على أن له فى الاولى النصف وفى الثانية الثلث وفى الثالثة الربع جاز ، لان قدر ماله فى كل سنة معلوم فصح ، كما لو شرط له من كل نوع قدراً .

(فصل) ولو دفع إلى رجل بستانا فقال : ما زرعت فيه من حنطة فلى ربعه وما زرعت من شعير فلى ثلثه وما زرعت من باقلا فلى نصفه لم يصح لان ما يزرعه من كل واحد من هذه الاصناف مجهول القدر ، فجرى مجرى ما لو شرط له فى المساقاة ثلث هذا النوع ونصف هذا النوع الاخر ، وهو جاهل بما فيه منهما ، وان قال ان زرعتها حنطةفلى ربعها ، وان زرعتها شعيراً فلى ثلثه وان زرعتها باقلا فلى نصفه لم يصح أيضا لانه لا يدرى ما يزرعه فأشبه ما لو قال : بعتك بعشرة صحاح أو أحد عشرة مكسرة ، وفيه وجه آخر أنه يصح بناء على قوله فى الإجارة إن خطته روميا فلك درهم وان خطته فارسيا فلك نصف درهم ، فإنه يصح فى المنصوص عنه فيخرج ههنا مثله ، وان قال : ما زرعتها من شىء فلى نصفه صح لان النبي صلى الله عليه وسلم ساقى أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع ولو جعل له فى المزارعة ثلث الحنطة ونصف الشعير وثلثى الباقلا ، وبينا قدر ما يزرع من كل واحد من هذه الانواع ، اما بتقدير البذر : واما بتقدير المكان وتعيينه أو بمساحته مثل أن قال تزرع هذا المكان حنطة وهذا شعيراً وتزرع مدين حنطة ومدين شعيراً أو تزرع قفيزاً حنطة وقفيزين شعيراً جاز ، لان كل واحد من هذه طريق الى العلم فاكتفى به .

(فصل) وان ساقاه على أنه ان سقى سيحا فله الثلث ، وان سقى بكلفة فله النصف لم يصح ، لان العمل مجهول والنصيب مجهول ، وهو فى معنى بيعتين فى بيعة ، ويتخرج أن يصح قياسا على مسألةالإجارة ولو قال : لك الخمسان ان كانت

عليك خسارة ، وان لم يكن عليك خسارة فلك الربع لم يصح ، نص عليه أحمد وقال : هذا شرطان فى شرط وكرهه ، وهذا فى معنى المسألة التى قبلها ، ويخرج فيها مثل ما خرج فيها . ولو ساقاه فى هذا الحائط بالثلث على أن يساقيه فى الحائط الآخر بجزء معلوم لم يصح لأنه شرط عقدا فى عقد فصار فى معنى بيعتين فى بيعة كقوله بعتك ثوبى على أن تبيعنى ثوبك ، وإنما فسد لمعنيين .

أحدهما : أنه شرط فى العقد عقداً آخر والنفع الحاصل بذلك مجهول فكأنه شرط العوض فى مقابلة معلوم ومجهول .

الثانى : أن العقد الاخر لا يلزمه بالشرط فيسقط الشرط وإذا سقط وجب رد الجزء الذى تركه من العوض لأجله وذلك مجهول فيصير الكل مجهولا .

(فصــــل)

وإن ساق أحد الشريكين شريكه وجعل له من الثمر أكثر من نصيبه مثل أن يكون الأصل بينهما نصــفين لجعل له الثلثين من الثمرة صح ، وكان السدس من حصته المساقاة فصار كأنه قال : ساقيتك على نصيبى بالثلث ، وإن ساقاه على أن تكون الثمرة بينهما نصفين أو على أن يكون للعامل الثلث فهى مساقاة فاسدة لأن العامل يستحق نصفها بملكه ، ولم يجعل له فى مقابلة عمله شيئاً ، وإذا شرط له الثلث فقد شرط أن غير العامل يأخذ من نصيب العامل ثلثه ويستعمله بلا عوض فلا يصح ، فإذا عمل فى الشجر بناء على هذا كانت الثمرة بينهما نصفين بحكم الملك ولا يستحق العامل بعمله شيئاً لأنه تبرع به لرضاه بالعمل بغير عوض فأشبه ما لو قال له : أنا أعمل فيه بغير شىء ، وذكر أصحابنا وجها آخر أنه يستحق أجر مثله لأن المساقاة تقتضى عوضا فلا تسقط برضاه بإسقاطه كالنكاح ، ولم يسلم له العوض فيكون له أجر مثله .

ولنا أنه عمل فى مال غيره متبرعا فلم يستحق عوضا كما لو لم يعقد المساقاة ، ويفارق النكاح لوجهين .

أحدهما : أن عقد النكاح صحيح فوجب به العوض لصحته ، وهذا فاسد لا يوجب شيئا .

والثانى : أن الابضاع لا تستباح بالبذل والاباحة ، والعمل ههنا يستباح بذلك

ولأن المهر فى النكاح لا يخلو من أن يكون واجبا بالعقد أو بالاصابة أو بهما فإن وجب بالعقد لم يصح قياس هذا عليه لوجهين .

أحدهما . أن النكاح صحيح وهذا فاسد .

والثانى : أن العقد ههنا ، لا يوجب ولو أوجب لأوجب قبل العمل ولا خلاف أن هذا لا يوجب قبل العمل شيئا ، وان وجب بالاصابة لم يصح القياس عليها لوجهين .

أحدهما : أن الاصابة لا تستباح بالاباحة والبذل بخلاف العمل .

والثانى : أن الاصابة لو خلت عن العقد لأوجبت ، وهذا بخلافه ، وإن وجب بهما امتنع القياس لهذه الوجوه كلها ، فأما إن ساقى أحدهما شريكه على أن يعملا معا فالمساقاة فاسدة ، والثمرة بينهما على قدر ملكيهما ويتقاصان العمل ان تساويا فيه ، وإن كان لأحدهما فضل نظرت فان كان قد شرط له فضل ما فى مقابلة عمله استحق ما فضل له من أجر المثل وإن لم يشترط له شيء فلا شيء له إلا على الوجه الذى ذكره أصحابنا وتكلمنا عليه .

(فصل) وتصح المساقاة على البعل من الشجر كما تجوز فيما يحتاج الى سقى وبهذا قال مالك : ولا نعلم فيه خلافا عند من يجوز المساقاة لان الحاجة تدعو الى المعاملة فى ذلك كدعائها الى المعاملة فى غيره فيقاس عليه وكذلك الحكم فى المزارعة .

(فصل) ولا تصح المساقاة الا على شجر معلوم بالرؤية أو بالصفة التى لا يختلف معها كالبيع فإن ساقاه على بستان بغير رؤية ولا صفة لم يصح لانه عقد على مجهول فلم يصح كالبيع وان ساقاه على أحد هذين الحائطين لم يصح لانها معاوضة يختلف الغرض فيها باختلاف الاعيان فلم يجز على غير معين كالبيع .

(فصل) وتصح المساقاة بلفظ المساقاة وما يؤدى معناها من الالفاظ نحو عاملتك وفالحتك واعمل فى بستانى هذا حتى تكمل ثمرته وما أشبه هذا لان القصد المعنى فإذا أتى به بأى لفظ دل عليه صح كالبيع ، وان قال : استأجرتك لتعمل لى فى هذا الحائط حتى تكمل ثمرته بنصف ثمرته ففيه وجهان .

أحدهما : لا يصح ذكره أبو الخطاب : لان الاجارة يشترط لها كون العوض معلوما ، والعمل معلوما وتكون لازمة والمساقاة بخلافه .

والثاني يصح ، وهو أقيس ، لأنه مؤد للمعنى فصح به العقد كسائر الألفاظ المتفق عليها .

وقد ذكر أبو الخطاب أن معنى قول أحمد تجوز إجارة الأرض ببعض الخارج ، منها المزارعة على أن البذر والعمل من العامل . وما ذكر من شروط الإجارة إنما يعتبر فى الاجارة الحقيقيه ، أما إذا أريد بالإجارة المزارعة فلا يشترط لها غير شرط المزارعة .

﴿ فصـــل ﴾

ويلزم العامل بإطلاق عقد المساقاة ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها . مثل حرث الأرض تحت الشجر : والبقر التى تحرث وآلة الحرث وسقى الشجر واستقاء الماء وإصلاح طرق الماء وتنقيتها وقطع الحشيش المضر والشوك وقطع الشجر اليابس وزبار الكرم وقطع ما يحتاج الى قطعه وتسوية الثمرة وإصلاح الاجاجين ، وهى الحفر التى يجتمع فيها الماء على أصول النخل وإدارة الدولاب : والحفظ للثمر فى الشجر وبعده حتى يقسم ، وإن كان مما يشمس فعليه تشميسه .

وعلى رب المـــال ما فيه حفظ الاصل : كسد الحيطان وانشاء الأنهار وعمل الدولاب وحفر بئره وشراء ما يلقح به .

وعبر بعض أهل العلم عن هذا بعبارة أخرى فقال : كل ما يتكرر كل عام فهو على العامل ومالا يتكرر فهو على رب المال ، وهذا صحيح فى العمل . فأما شراء ما يلقح به فهو على رب المال وان تكرر ، لأن هذا ليس من العمل ، فأما البقرة التى تدير الدولاب فقال أصحابنا هى على رب المال لأنها ليست من العمل ، فأشبهت ما يلقح به ، والأولى أنها على العامل لأنها تراد للعمل ، فأشبهت بقر الحرث ، ولأن استقاء الماء على العامل إذا لم يحتج الى بهيمة فكان عليه ، وان احتاج الى بهيمة كغيره من الاعمال .

وقال بعض أصحاب الشافعى : مايتعلق بصلاح الأصول والثمرة معاً كالكسح للنهر والثور هو على من شرط عليه منهما ، وان أهمل شرط ذلك على أحدهما لم تصح المساقاة ، وقد ذكرنا مايدل على أنه على العامل ، فأما تسميد الارض بالزبل ان احتاجت اليه فشراء ذلك على رب المال لأنه ليس من العمل ، فجرى مجرى مايلقح به

وتفريق ذلك فى الأرض على العامل كالتلقيح ، وان أطلقا العقد ولم يبينا ما على كل واحد منهما ، فعلى كل واحد منهما ما ذكرنا أنه عليه ، وإن شرطا ذلك كان تأكيداً ، وان شرطا على أحدهما شيئا مما يلزم الاخر ، فقال القاضى وأبو الخطاب لا يجوز ذلك ، فعلى هذا تفسد المساقاة ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه شرط يخالف مقتضى العقد فأفسده ، كالمضاربة اذا شرط العمل فيها على رب المال

وقد روى عن أحمد ما يدل على صحة ذلك ، فإنه ذكر أن الجذاذ عليهما ، فإن شرطه على العامل جاز ، وهذا مقتضى كلام الخرقى فى المضاربة ، لانه شرط لا يخل بمصلحة العقد ولا مفسدة فيه فصح كتأجيل الثمن فى المبيع وشرط الرهن والضمين والخيار فيه ، لكن يشترط أن يكون ما يلزم كل واحد من العمل معلوماً لئلا يفضى الى التنازع والتواكل فيختل العمل ، وأن لا يكون ما على رب المال أكثر العمل ، لان العامل يستحق بعمله ، فإذا لم يعمل أكثر العمل كان وجود عمله كعدمه فلا يستحق شيئا .

(فصل) فأما الجذاذ والحصاد واللقاط فهو على العامل ، نص عليه أحمد فى الحصاد وهو مذهب الشافعى ، لانه من العمل فكان على العامل كالتشميس . وروى عن أحمد فى الجذاذ أنه اذا شرط على العامل فجائز لان العمل عليه ، وان لم يشرطه فعلى رب المال بحصته ما يصير اليه ، فظاهر هذا أنه جعل الجذاذ عليهما وأجاز اشتراطه على العامل ، وهو قول بعض الشافعية ، وقال محمد بن الحسن تفسد المساقاة بشرطه على العامل لانه شرط ينافى مقتضى العقد ، واحتج من جعله عليهما بأنه يكون بعد تكامل الثمرة وانقضاء المعاملة ، فأشبه نقله الى منزله

ولنا أن النبى صلى الله عليه وسلم دفع خيبر الى يهود على أن يعملوها من أموالهم ولان هذا من العمل فيكون عليه كالتشميس ، وما ذكروه يبطل بالتشميس ويفارق النقل الى المنزل ، فإنه يكون بعد القسمة وزوال العقد ، فأشبه المخزن

(فصل) وان شرط أن يعمل معه غلمان رب المال فهو كشرط عمل رب المال ، لان عملهم كعمله فإن يد الغلام كيد مولاه . وقال أبو الخطاب فيه وجهان أحدهما كما ذكرنا ، والثانى يجوز ، لأن غلمانه ماله ، فجاز أن تعمل تبعا لماله ، كثور الدولاب ، وكما يجوز فى القراض أن يدفع الى العامل بهيمة يحمل عليها .

وأما رب المال لا يجوز جعله تبعا ، وهذا قول مالك والشافعي ومحمد بن الحسن فإذا شرط غلمانا يعملون معه فنفقتهم على ما يشترطان عليه . فإن أطلقا ولم يذكرا نفقتهم فهي على رب المال ، وبهذا قال الشافعي . وقال مالك نفقتهم على المساقي ؛ ولا ينبغي أن يشرطها على رب المال ، لأن العمل على المساقي ، فمؤنة من يعمله عليه كمؤنة غلمانه .

ولنا أنه مملوك رب المال فكانت نفقته عليه عند الاطلاق كما لو أجره ، فإن شرطها على العامل جاز ولا يشترط تقديرها ، وبه قال الشافعي . وقال محمد بن الحسن يشترط تقديرها ، لانه اشترط عليه مالا يلزمه ، فوجب أن يكون معلوما كسائر الشروط

ولنا أنه لو وجب تقديرها لوجب ذكر صفاتها ، ولا يجب ذكر صفاتها فلم يجب تقديرها : ولا بد من معرفة الغلمان المشترط عملهم برؤية أو صفة تحصل بها معرفتهم كما في عقد الاجارة

(فصل وان شرط العامل أن أجر الاجراء الذين يحتاج الى الاستعانة بهم من الثمرة وقدر الاجرة لم يصح لان العمل عليه ، فإذا شرط أجره من المال لم يصح كما لو شرط لنفسه أجر عمله وان لم يقدره فسد لذلك ولانه مجهول ، ويفارق هذا ما اذا اشترط المضارب أجر ما يحتاج اليه من الحمالين ونحوهم ، لان ذلك لايلزم العامل فكان على المال . ولو شرط أجر ما يلزمه عمله بنفسه لم يصح كمسألتنا .

(فصل) ظاهر كلام أحمد أن المساقاة والمزارعة من العقود الجائزة أومأ اليه في رواية الاثرم : وسئل عن الاكار يخرج نفسه من غير أن يخرجه صاحب الضيعة فلم يمنعه من ذلك : ذكره الشيخ أبو عبد الله بن حامد ، وهو قول بعض أصحاب الحديث : وقال بعض أصحابنا هو عقد لازم ، وهو قول أكثر الفقهاء لانه عقد معاوضة فكان لازما كالإجارة ، ولانه لو كان جائزا جاز لرب المال فسخه اذا أدركت الثمرة فيسقط حق العامل فيستضر

ولنا ما روى مسلم بإسناده عن ابن عمر أن اليهود سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقرهم بخيبر على أن يعملوها ويكون لرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع ، فقال رسول الله (ص) « نقركم على

ذلك ما شئنا ، ولو كان لازما لم يجز بغير تقديره مدة ولا أن يجعل الخيرة إليه فى مدة إقرارهم ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينقل عنه أنه قدر لهم ذلك بمدة ولو قدر لم يترك نقله لأن هذا مما يحتاج إليه فلا يجوز الاخلال بنقله وعمر رضي الله عنه أجلاهم من الأرض وأخرجهم من خيبر ولو كانت لهم مدة مقدرة لم يجز إخراجهم فيها ، ولأنه عقد على جزء من نماء المال فكان جائزاً كالمضاربة أو عقد على المال بجزء من نمائه أشبه المضاربة وفارق الإجارة لأنها بيع فكانت لازمة كبيع الأعيان ولان عوضها مقدر معلوم فأشبهت البيع وقياسهم ينتقض بالمضاربة وهى أشبه بالمساقاة من الاجارة فقياسها عليها أولى .

وقولهم إنه يفضى إلى أن رب المال يفسخ بعد ادراك الثمرة ، قلنا إذا ظهرت الثمرة فهى تظهر على ملكهما فلا يسقط حق العامل منها بفسخ ولا غيره كما لو فسخ المضاربة بعد ظهور الربح . فعلى هذا لا يفتقر الى ضرب مدة ولذلك لم يضرب النبي صلى الله عليه وسلم ولا خلفاؤه رضي الله عنهم لأهل خيبر مدة معلومة حين عاملوهم ، ولانه عقد جائز فلم يفتقر الى ضرب مدة كالمضاربة وسائر العقود الجائزة ، ومتى فسخ أحدهما بعد ظهور الثمرة فهى بينهما على ما شرطاه وعلى العامل تمام العمل كما يلزم المضارب بيع العروض اذا فسخت المضاربة بعد ظهور الربح ، وان فسخ العامل قبل ذلك فلا شيء له لانه رضي بإسقاط حقه فصار كعامل المضاربة اذا فسخ قبل ظهور الربح وعامل الجعالة اذا فسخ قبل اتمام عمله : وان فسخ رب المال قبل ظهور الثمرة فعليه أجر المثل للعامل لانه منعه اتمام عمله الذى يستحق به العوض فأشبه ما لو فسخ الجاعل قبل اتمام عمل الجعالة . وفارق رب المال فى المضاربة اذا فسخها قبل ظهور الربح لان عمل هذا مفض الى ظهور الثمرة غالبا فلولا الفسخ لظهرت الثمرة فملك نصيبه منها وقد قطع ذلك بفسخه فأشبه فسخ الجعالة بخلاف المضاربة فإنه لا يعلم افضاؤها الى الربح ، ولان الثمرة اذا ظهرت فى الشجر كان العمل عليها فى الابتداء من أسباب ظهورها والربح اذا ظهر فى المضاربة قد لا يكون للعمل الاول فيه أثر أصلا .

فأما ان قلنا انه عقد لازم فلا يصح الا على مدة معلومة ، وبهذا قال الشافعى وقال أبو ثور يصح من غير ذكر مدة ويقع على سنة واحدة ، وأجازه بعض

أهل الكوفة استحساناً لانه لما شرط له جزء من الثمرة كان ذلك دليلا على أنه أراد مدة تحصل الثمرة فيها .

ولنا أنه عقد لازم فوجب تقديره بمدة كالاجارة ، ولان المساقاة أشبه بالاجارة لانها تقتضى العمل على العين مع بقائها ولانها اذا وقعت مطلقة لم يمكن حملها على اطلاقها مع لزومها لانه يفضى الى أن العامل يستبد بالشجر كل مدته فيصير كالمالك ولا يمكن تقديره بالسنة لانه تحكم وقد تكمل الثمرة فى أقل من السنة ، فعلى هذا لا تتقدر أكثر المدة بل يجوز ما يتفقان عليه من المدة التى يبقى الشجر فيها وان طالت ، وقد قيل لا يجوز أكثر من ثلاثين سنة وهذا تحكم وتوقيت لا يصار اليه الا بنص أو اجماع .

فأما أقل المدة فيتقدر بمدة تكمل الثمرة فيها فلا يجوز على أقل منها لان المقصود أن يشتركا فى الثمرة ولا يوجد فى أقل من هذه المدة ، فإن ساقاه على مدة لا تكمل فيها الثمرة فالمساقاة فاسدة فإذا عمل فيها فظهرت الثمرة ولم تكمل فله أجر مثله فى أحد الوجهين وفى الآخر لا شىء له لانه رضى بالعمل بغير عوض فهو كالمتبرع .

والاول أصح لان هذا لم يرض الا بعوض وهو جزء من الثمرة وذلك الجزء موجود غير أنه لا يمكن تسليمه اليه فلما تعذر دفع العوض الذى اتفقا عليه اليه كان أجر مثله كما فى الاجارة الفاسدة ، وفارق المتبرع فإنه رضى بغير شىء وان لم تظهر الثمرة فلا شىء له فى أصح الوجهين ، لانه رضى بالعمل بغير عوض ، وان ساقاه الى مدة تكمل فيها الثمرة غالبا فلم يحمل تلك السنة فلا شىء للعامل لأنه عقد صحيح لم يظهر فيه النماء الذى اشترط جزؤه فأشبه المضاربة اذا لم يربح فيها ، وان ظهرت الثمرة ولم تكمل فله نصيبه منها وعليه اتمام العمل فيها كما لو انفسخت قبل كمالها ، وان ساقاه الى مدة يحتمل أن يكون للشجر ثمرة ويحتمل أن لا يكون ففى صحة المساقاة وجهان

أحدهما : تصح لان الشجر يحتمل أن يحمل ويحتمل أن لا يحمل والمساقاة جائزة فيه .

والثانى : لا يصح لانه عقد على معدوم ليس الغالب وجوده فلم تصح كالسلم

فى مثل ذلك . ولان ذلك غرر أمكن التحرز عنه فلم يجز العقد معه كما لو شرط ثمر نخلة بعينها ، وفارق ما اذا شرط مدة تكمل فيها الثمرة فإن الغالب أن الشجر يحمل واحتمال أن لا يحمل نادر لم يمكن التحرز عنه، فإن قلنا العقد صحيح فله حصته من الثمر فإن لم يحمل فلا شيء له وان قلنا هو فاسد استحق أجر المثل سواء حمل أو لم يحمل لانه لم يرض بغير عوض ولم يسلم له العوض فكان له العوض وجها واحداً بخلاف ما لو جعل الاجل الى مدة لا يحمل فى مثلها غالباً ومتى خرجت الثمرة قبل انقضاء الاجل فله حقه منها اذا قلنا بصحة العقد وان خرجت بعده فلا حق له فيها ومذهب الشافعى فى هذا قريب مما ذكرنا .

(فصل) ولا يثبت فى المساقاة خيار الشرط لانها ان كانت جائزة فالجائز مستغن بنفسه عن الخيار فيه ، وان كانت لازمة فإذا فسخ لم يمكن رد المعقود عليه وهو العمل فيها ، وأما خيار المجلس فلا يثبت ان كانت جائزة لما تقدم وان كانت لازمة فعلى وجهين .

أحدهما : لا يثبت لانها عقد لا يشترط فيه قبض العوض ولا يثبت فيه خيار الشرط فلا يثبت فيه خيار المجلس كالنكاح .

والثانى : يثبت لانه عقد لازم يقصد به المال أشبه البيع .

(فصل) ومتى قلنا بجوازها لم يفتقر الى ضرب مدة لان ابقاءها اليهما وفسخها جائز لكل واحد منهما متى شاء فلم تحتج الى مدة كالمضاربة . وان قدرها بمدة جاز لانه لا ضرر فى التقدير ، وقد تبينا جواز ذلك فى المضاربة والمساقاة مثلها ، وتنفسخ بموت كل واحد منهما وجنونه والحجر عليه لسفه كقولنا فى المضاربة فإذا مات العامل أو رب المال انفسخت المساقاة فكان الحكم فيها كما لو فسخها أحدهما على ما أسلفناه .

وان قلنا بلزومها لم ينفسخ العقد ويقوم الوارث مقام الميت منهما لانه عقد لازم فأشبه الاجارة ، لكن ان كان الميت العامل فأبى وارثه القيام مقامه لم يجبر لان الوارث لا يلزمه من الحقوق التى على موروثه الا ما أمكن دفعه من تركته والعمل ليس مما يمكن ذلك فيه ، فعلى هذا يستأجر الحاكم من التركة من يعمل العمل فإن لم تكن له تركة أو تعذر الاستئجار منها فلرب المال الفسخ لانه تعذر استيفاء المعقود

عليه فيثبت الفسخ كما لو تعذر ثمن المبيع قبل قبضه : ثم ان كانت الثمرة قد ظهرت بيع من نصيب العامل ما يحتاج اليه لأجر ما بقي من العمل واستؤجر من يعمل ذلك ، وان احتيج الى بيع الجميع بيع ، ثم لا يخلو اما أن تكون الثمرة قد بدا صلاحها أو لم يبد ، فإن كانت قد بدا صلاحها خير المالك بين البيع والشراء فإن اشترى نصيب العامل جاز ، وان اختار بيع نصيبه أيضاً باعه وباع الحاكم نصيب العامل وان أبى البيع والشراء باع الحاكم نصيب العامل وحده وما بقي على العامل من العمل يكترى عليه من يعمله وما فضل لورثته ، وان كان لم يبد صلاحها خير المالك أيضا فإن بيع لأجنبي لم يجز الا بشرط القطع ولا يجوز بيع نصيب العامل وحده لأنه لا يمكنه قطعه الا بقطع نصيب المالك فيقف امكان قطعه على قطع ملك غيره ، وهل يجوز شراء المالك لها ؟ على وجهين ، وهكذا الحكم اذا انفسخت المساقاة بموت العامل لقولنا بجوازها وأبى الوارث العمل .

وان اختار رب المال البقاء على المساقاة لم تنفسخ اذا قلنا بلزومها ويستأذن الحاكم في الانفاق على الثمرة ويرجع بما أنفق ، فإن عجز عن استئذان الحاكم فأنفق محتسبا بالرجوع وأشهد على الانفاق بشرط الرجوع رجع بما أنفق ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، لأنه مضطر ، وان أمكنه استئذان الحاكم فأنفق بنية الرجوع من غير استئذانه فهل يرجع بذلك ؟ على وجهين بناء على ما اذا قضى دينه بغير اذنه ، وان تبرع بالانفاق لم يرجع بشيء كما لو تبرع بالصدقة ، والحكم فيما اذا أنفق على الثمرة بعد فسخ العقد اذا تعذر بيعها كالحكم ههنا سواء .

(فصل) وان هرب العامل فلرب المال الفسخ لأنه عقد جائز ، وان قلنا بلزومه فحكمه حكم ما لو مات وأبى وارثه أن يقوم مقامه الا أنه ان لم يجد الحاكم له مالا وأمكنه الاقتراض عليه من بيت المال أو غيره فعل ، وان لم يمكنه ووجد من يعمل بأجرة مؤجلة الى وقت ادراك الثمرة فعل فإن لم يجد فلرب المال الفسخ أما الميت فلا يقترض عليه لأنه لا ذمة له .

(فصل) والعامل أمين والقول قوله فيما يدعيه من هلاك وما يدعى عليه من خيانة، لأن رب المال ائتمنه بدفع ماله اليه فهو كالمضارب فان اتهم حلف فان ثبتت

خيانته بإقرار أو ببينة أو نكول له ضم اليه من يشرف عليه فان لم يمكن حفظه استؤجر من ماله من يعمل عمله وبهذا قال الشافعي ، وقال أصحاب مالك لا يقام غيره مقامه بل يحفظ منه لان فسقه لا يمنع استيفاء المنافع المقصودة منه فأشبه ما لو فسق بغير الخيانة .

ولنا أنه تعذر استيفاء المنافع المقصودة منه فاستوفيت بغيره كما لو هرب ، ولا نسلم امكان استيفاء المنافع منه لانه لا يؤمن من تركها ولا يوثق منه بفعلها ولا نقول ان له فسخ المساقاة ، واذا لم يمكن حفظها من خيانتك أقم غيرك يعمل ذلك وارفع يدك عنها لان الامانة قد تعذرت في حقك فلا يلزم رب المال ائتمانك وفارق فسخه بغير الخيانة فانه لا ضرر على رب المال وههنا يفوت ماله .

(فصل) فان عجز عن العمل لضعفه مع أمانته ضم اليه غيره ولا ينزع من يده لان العمل مستحق عليه ولا ضرر في بقاء يده عليه ، وان عجز بالكلية أقام مقامه من يعمل والاجرة عليه في الموضعين ، لان عليه توفية العمل وهذا من توفيته .

(فصل) وان اختلفا في الجزء المشروط للعامل فالقول قول رب المال ذكره ابن حامد ، وقال مالك القول قول العامل اذا ادعى ما يشبه لانه أقوى سببا لتسلمه للحائط والعمل ، وقال الشافعي يتحالفان ، وكذلك ان اختلفا فيما تناولته المساقاة من الشجر .

ولنا أن رب المال منكر للزيادة التي ادعاها العامل فيكون القول قوله لقوله عليه السلام « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » فان كان مع أحدهما بينة حكم بها وان كان مع كل واحد منهما بينة ففي أيهما تقدم بينته وجهان ؟ بناء على بينة الداخل والخارج ، فان كان الشجر لاثنين فصدق أحدهما العامل وكذبه الاخر أخذ نصيبه من مال المصدق فان شهد على المنكر قبلت شهادته اذا كان عدلا لانه لا يجر الى نفسه نفعا ولا يدفع ضررا ويحلف مع شاهده وان لم يكن عدلا كانت شهادته كعدمها، ولو كان العامل اثنين ورب المال واحدا فشهد أحدهما على صاحبه قبلت شهادته أيضاً لما ذكرنا .

(فصل) ويملك العامل حصته من الثمرة بظهورها فلو أتلفت كلها الا واحدة كانت بينهما وهذا أحد قولي الشافعي . والثاني يملكه بالمقاسمة كالقراض

ولنا أن الشرط صحيح فيثبت مقتضاه كسائر الشروط الصحيحة ، ومقتضاه

كون الثمرة بينهما على كل حال ، لأنه لو لم يملكها قبل القسمة لما وجبت القسمة ولا ملكها كالأصول .

وأما القراض فإنه يملك الربح فيه بالظهور كمسألتنا ، ثم الفرق بينهما أن الربح وقاية لرأس المال فلم يملك حتى يسلم رأس المال لربه وهذا ليس بوقاية لشيء ولذلك لو تلفت الاصول كلها كانت الثمرة بينهما ، فإذا ثبت هذا فانه يلزم كل واحد منهما زكاة نصيبه إذا بلغت حصته نصابا نص عليه أحمد فى المزارعة وان لم تبلغ النصاب إلا بجمعهما لم تجب لأن الخلطة لا تؤثر فى غير المواشى فى الصحيح .

وعنه أنها تؤثر فتؤثر ههنا فيبدأ بإخراج الزكاة ثم يقسمان ما بقى ، وان كانت حصة أحدهما تبلغ نصابا دون الآخر فعلى من بلغت حصته نصابا الزكاة دون الآخر يخرجها بعد المقاسمة إلا أن يكون لمن لم تبلغ حصته نصابا ما يتم به النصاب من مواضع أخر فتجب عليهما جميعا الزكاة ، وكذلك إن كان لأحدهما ثمر من جنس حصته يبلغان بمجموعهما نصابا فعليه الزكاة فى حصته .

وان كان أحد الشريكين ممن لا زكاة عليه كالمكاتب والذمى فعلى الآخر زكاة حصته إن بلغت نصابا وبهذا كله قال مالك والشافعى ، وقال الليث ان كان شريكه نصرانيا أعلمه أن الزكاة مؤداة فى الحائط ثم يقاسمه بعد الزكاة ما بقى .

ولنا أن النصرانى لا زكاة عليه فلا يخرج من حصته شىء كما لو انفرد بها ، وقد روى أبو داود فى السنن عن عائشة رضى الله عنها قالت : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص النخل حين يطيب قبل أن يؤكل منه ثم يخير يهود خيبر أيأخذونه بذلك الخرص أم يدفعونه اليهم بذلك الخرص لكى تحصى الزكاة قبل أن تؤكل الثمار وتفرق . قال جابر خرصها ابن رواحه أربعين ألف وسق وزعم أن اليهود لما خيرهم ابن رواحة أخذوا التمر وعليهم عشرون ألف وسق .

(فصل) وإن ساقاه على أرض خراجية فالخارج على رب المال ، لأنه يجب على الرقبه بدليل أنه يجب سواء أثمرت الشجرة أو لم تثمر ولأن الخراج يجب أجرة للأرض فكان على رب الأرض كما لو استأجر أرضا وزارع غيره فيها وبهذا قال الشافعى ، وقد نقل عن أحمد فى الذى يتقبل الأرض البيضاء ليعمل عليها

وهى من أرض السواد يتقبلها من السلطان فعلى من يتقبلها أن يؤدى وظيفة عمر رضى الله عنه ويؤدى العشر بعد وظيفة عمر ، وهذا معناه والله أعلم ، إذا دفع السلطان أرض الخراج الى رجل يعملها ويؤدى خراجها فإنه يبدأ فيؤدى خراجها ثم يزكى ما بقى كما ذكره الخرقى فى باب الزكاة ولا تنافى بين ذلك وبين ما ذكرنا ههنا إن شاء الله تعالى .

(مسأله ، قال ولا يجوز أن يجعل له فضل دراهم)

يعنى : إذا شرط جزءاً معلوماً من الثمرة ودراهم معلومة كعشرة ونحوها لم يجز بغير خلاف لأنه ربما لم يحدث من النماء ما يساوى تلك الدراهم فيتضرر رب المال ، ولذلك منعنا من اشتراط أقفزة معلومة ولو شرط له دراهم منفردة عن الجزء لم يجز لذلك ولو جعل له ثمرة سنة غير السنة التى ساقاه فيها أو ثمر شجر غير الشجر الذى ساقاه عليه أو شرط عليه عملا فى غير الشجر الذى ساقاه عليه أو عملا فى غير السنة فسد العقد سواء جعل ذلك كل حقه أو بعضه أو جميع العمل أو بعضه لأنه يخالف موضوع المساقاة إذ موضوعها أن يعمل فى شجر معين بجزء مشاع من ثمرته فى ذلك الوقت الذى يستحق عليه فيه العمل .

(فصل)

وإذا ساقى رجلا أو زارعه فعامل العامل غيره على الأرض والشجر لم يجز ذلك ، وبهذا قال أبو يوسف وأبو ثور ، وأجازه مالك إذا جاء برجل أمين . ولنا أنه عامل فى المال بجزء من نمائه فلم يجز أن يعامل غيره فيه كالمضارب ولأنه إنما أذن له فى العمل فيه فلم يجز أن يأذن لغيره كالوكيل ، فأما ان استأجر أرضاً فله أن يزارع غيره فيها لأنها صارت منافعها مستحقة له فلك المزارعه فيها كالمالك ، والأجرة على المستأجر دون المزارع كما ذكرنا فى الخراج ، وكذلك يجوز لمن فى يده أرض خراجية أن يزارع فيها لأنه بمنزلة المستأجر لها ، وللموقوف عليه أن يزارع فى الوقف ويساقى على شجره لأنه إما مالك لرقبة ذلك أو بمنزله المالك ولا نعلم فى هذا خلافا عند من أجاز المساقاة والمزارعة والله أعلم .

(فصل) وإذا ساقاه على ودى النخل أو صغار الشجر إلى مدة يحمل فيها غالباً

ويكون له فيها جزء من الثمرة معلوم صح لأنه ليس فيه أكثر من أن عمل العامل يكثر ونصيبه يقل وهذا لا يمنع صحتها كما لو جعل له سهما من ألف سهم : وفيه الأقسام التي ذكرنا في كبار النخل والشجر وهي أننا إن قلنا المساقاة عقد جائز لم نحتج إلى ذكر مدة ، وان قلنا هو لازم ففيه ثلاثة أقسام .

أحدها : أن يجعل المدة زمنا يحمل فيه غالبا فيصح فإن حمل فيها فله ما شرط له وان لم يحمل فيها فلا شيء له . والثاني : أن يجعلها الى زمن لا يحمل فيه غالبا فلا يصح ، وان عمل فيها فهل يستحق الأجر ؟ على وجهين ، وإن حمل في المدة لم يستحق ما جعل له لأن العقد وقع فاسداً فلم يستحق ماشرط فيه . والثالث : أن يجعل المدة زمنا يحتمل أن يحمل فيها ويحتمل أن لا يحمل فهل يصح ؟ على وجهين فإن قلنا لا يصح استحق الأجر ، وان قلنا يصح فحمل في المدة استحق ما شرط له وإن لم يحمل فيها لم يستحق شيئا ، وان شرط نصف الثمرة ونصف الأصل لم يصح لأن موضوع المساقاة أن يشتركا في النماء والفائدة فإذا شرط اشتراكهما في الاصل لم يجز كما لو شرط في المضاربة اشتراكهما في رأس المال ، فعلى هذا يكون له أجر مثله وكذلك لو جعل له جزءاً من ثمرتها مدة بقائها لم يجز ، وان جعل له ثمرة عام بعد مدة المساقاة لم يجز لأنه يخالف موضوع المساقاة .

(فصل) وان ساقاه على شجر يغرسه ويعمل فيه حتى يحمل ويكون له جزء من الثمرة معلوم صح أيضا والحكم فيه كما لو ساقاه على صغار الشجر على ما بيناه .

وقد قال أحمد في رواية المروذي في رجل قال لرجل أغرس في أرضي هذه شجراً أو نخلا فما كان من غلة فلك بعمل كذا وكذا سهما من كذا وكذا ، فأجازه واحتج بحديث خيبر في الزرع والنخيل لكن بشرط أن يكون الغرس من رب الأرض كما يشترط في المزارعة كون البذر من رب الأرض فإن كان من العامل خرج على الروايتين فيما إذا اشترط البذر في المزارعة من العامل .

وقال القاضي : المعاملة باطلة وصاحب الأرض بالخيار بين تكليفه قلعها ويضمن له أرش نقصها وبين إقرارها في أرضه ويدفع اليه قيمتها كالمشتري إذا غرس في الأرض التي اشتراها ثم جاء الشفيع فأخذها .

وإن اختار العامل قلع شجره فله ذلك سواء بذل له القيمة أو لم يبذلها لأنه

ملكه فلم يمنع تحويله ، وان اتفقا على إبقاء الغراس ودفع أجر الارض جاز ، ولو دفع أرضه إلى رجل يغرسها على أن الشجر بينهما لم يجز على ما سبق ، ويحتمل الجواز بناء على المزارعة فإن المزارع يبذر فى الارض فيكون الزرع بينه وبين صاحب الأرض وهذا نظيره : وان دفعها على أن الارض والشجر بينهما فالمعاملة فاسدة وجها واحداً ؛ وبهذا قال مالك والشافعى وأبو يوسف ومحمد ولا نعلم فيه مخالفا لانه شرط اشتراكهما فى الاصل ففسد كما لو دفع اليه الشجر والنخيل ليكون الاصل والثمرة بينهما أو شرط فى المزارعة كون الارض والزرع بينهما .

(فصل) وان ساقاه على شجر فبان مستحقا بعد العمل أخذه ربه وثمرته لانه عين ماله ولا حق للعامل فى ثمرته لانه عمل فيها بغير إذن مالكها ولا أجر له عليه لذلك وله أجر مثله على الغاصب لانه غره واستعمله فلزمه الاجر كما لو غصب نقرة فاستأجر من ضربها دراهم ، وان شمس الثمرة فلم تنقص أخذها ربها ، وان نقصت فلربها أرش نقصها ويرجع به على من شاء منهما ويستقر ذلك على الغاصب ، وإن استحقت بعد أن اقتسماها وأكلاها فلربها تضمين من شاء منهما فإن ضمن الغاصب فله تضمينه الكل وله تضمينه قدر نصيبه ويضمن العامل قدر نصيبه ، لان الغاصب سبب يد العامل فلزمه ضمان الجميع فإن ضمنه الكل رجع على العامل بقدر نصيبه لان التلف وجد فى يده فاستقر الضمان عليه ويرجع العامل على الغاصب بأجر مثله ويحتمل أن لا يرجع الغاصب على العامل بشيء لانه غره فلم يرجع عليه كما لو أطعم إنسانا شيئا وقال له كله فإنه طعامى ثم تبين أنه مغصوب وان ضمن العامل احتمل أنه لا يضمنه إلا نصيبه خاصة لانه ما قبض الثمرة كلها ، وإنما كان مراعيا لها وحافظا فلا يلزمه ضمانها مالم يقبضها ، ويحتمل أن يضمنه الكل لأن يده ثبتت على الكل مشاهدة بغير حق فإن ضمنه الكل رجع العامل على الغاصب ببدل نصيبه منها وأجر مثله .

وان ضمن كل واحد منهما ماصار اليه رجع العامل على الغاصب بأجر مثله لاغير وان تلفت الثمرة فى شجرها أو بعد الجذاذ قبل القسمة فمن جعل العامل قابضا لها بثبوت يده على حائطها قال : يلزمه ضمانها ومن لا يكون قابضا إلا بأخذ نصيبه منها ، قال . لا يلزمه الضمان ويكون على الغاصب .

باب المزارعة

«مسألة» قال (وتجوز المزارعة ببعض ما يخرج من الارض)

معنى المزارعة: دفع الارض الى من يزرعها أو يعمل عليها والزرع بينهما وهي جائزة في قول كثير من أهل العلم، قال البخاري، قال أبو جعفر ما بالمدينة أهل بيت إلا ويزرعون على الثلث والربع، وزارع علي وسعد وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر وآل علي وابن سيرين، وممن رأى ذلك سعيد بن المسيب وطاوس وعبد الرحمن بن الأسود وموسى بن طلحة والزهري وعبد الرحمن بن أبي ليلى وابنه وأبو يوسف ومحمد، وروى ذلك عن معاذ والحسن وعبد الرحمن بن يزيد.

قال البخاري: وعامل عمر الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وان جاءوا بالبذر فلهم كذا، وكرهها عكرمة ومجاهد والنخعي وأبو حنيفة وروى عن ابن عباس الأمران جميعا وأجازها الشافعي في الأرض بين النخيل إذا كان بياض الارض أقل فإن كان أكثر فعلى وجهين ومنعها في الارض البيضاء لما روى رافع بن خديج قال: كنا نخابر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر أن بعض عمومته أتاه فقال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان لنا نافعا، وطواعية رسول الله (ص) أنفع: قال قلنا ما ذاك؟ قال قال رسول الله (ص) «من كانت له أرض فليزرعها ولا يكريها بثلث ولا بربع ولا بطعام مسمى».

وعن ابن عمر قال: ما كنا نرى بالمزارعة بأسا حتى سمعنا رافع بن خديج يقول: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها، وقال جابر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة، وهذه كلها أحاديث صحاح متفق عليها.

والمخابرة المزارعه. واشتقاقها من الخبار وهي الارض اللينة والخبير الاكار وقيل المخابرة معاملة أهل خيبر، وقد جاء حديث جابر مفسراً فروى البخاري عن جابر قال كانوا يزرعونها بالثلث والربع والنصف فقال النبي صلى الله عليه وسلم

« من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها ، فإن لم يفعل فليمسك أرضه » . وروى تفسيرها عن زيد بن ثابت ، فروى أبو داود بإسناده عن زيد قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة ؛ قلت وما المخابرة ؟ قال : أن يأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع .

ولنا ما روى ابن عمر قال « ان رسول الله (ص) عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر » متفق عليه . وقد روى ذلك ابن عباس وجابر ابن عبد الله .

وقال أبو جعفر : عامل رسول الله (ص) أهل خيبر بالشطر ، ثم أبو بكر ثم عمر وعثمان وعلى ثم أهلوهم إلى اليوم يعطون الثلث والربع ، وهذا أمر صحيح مشهور عمل به رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى مات ثم خلفاؤه الراشدون حتى ماتوا ثم أهلوهم من بعدهم ولم يبق بالمدينة أهل بيت الا عمل به ، وعمل به أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم من بعده فروى البخارى عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر فكان يعطى أزواجه مائة وسق ، ثمانون وسقا تمراً وعشرون وسقا شعيرا فقسم عمر خيبر فخير أزواج النبي صلى الله عليه وسلم أن يقطع لهن من الأرض والماء أو يمضى لهن الأوسق فمنهن من اختار الارض ومنهن من اختار الاوسق : فكانت عائشة اختارت الارض ومثل هذا لا يجوز أن ينسخ ، لان النسخ انما يكون فى حياة رسول الله (ص) فأما شيء عمل به الى أن مات ثم عمل به خلفاؤه بعده وأجمعت الصحابة رضوان الله عليهم عليه وعملوا به ولم يخالف فيه منهم أحد ، فكيف يجوز نسخه ؟ ومتى كان نسخه ؟ فإن كان نسخ فى حياة رسول الله (ص) فكيف عمل به بعد نسخه وكيف خفى نسخه فلم يبلغ خلفاءه مع اشتهار قصة خيبر وعملهم فيها ؟ فأين كان راوى النسخ حتى لم يذكره ولم يخبرهم به ؟

فأما ما احتجوا به فالجواب عن حديث رافع من أربعة أوجه .

أحدها : أنه قد فسر المنهى عنه فى حديثه بما لا يختلف فى فساده فإنه قال : كنا من أكثر الانصار حقلا فكنا نكرى الارض على أن لنا هذه ولهم هذه ، فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك ؛ فأما بالذهب والورق فلم ينهنا ،

متفق عليه . وفى لفظ : فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس ، وهذا خارج عن محل الخلاف فلا دليل فيه عليه ، ولا تعارض بين الحديثين

الثاني : ان خبره ورد فى الكراء بثلث أو ربع ، والنزاع فى المزارعة ، ولم يدل حديثه عليها أصلا ، وحديثه الذى فيه المزارعة يحمل على الكراء أيضا لان القصة واحدة رويت بألفاظ مختلفة ، فيجب تفسير أحد اللفظين بما يوافق الآخر

الثالث . إن أحاديث رافع مضطربة جداً مختلفة اختلافا كثيراً يوجب ترك العمل بها لو انفردت ، فكيف يقدم على مثل حديثنا ؟

قال الامام أحمد : حديث رافع ألوان . وقال أيضا حديث رافع ضروب . وقال ابن المنذر : قد جاءت الاخبار عن رافع بعلل تدل على أن النهى كان لذلك (منها) الذى ذكرناه ومنها خمس أخرى ، وقد أنكره فقيهان من فقهاء الصحابة زيد بن ثابت وابن عباس . قال زيد بن ثابت : أنا أعلم بذلك منه ، وانما سمع النبى صلى الله عليه وسلم رجلين قد اقتتلا فقال « ان كان هذا شأنكم فلا تكروا المزارع » رواه أبو داود والاثرم .

وروى البخارى عن عمرو بن دينار قال : قلت لطاوس : لو تركت المخابرة فإنهم يزعمون أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنها ، قال ان أعلمهم - يعنى ابن عباس - أخبرنى أن النبى صلى الله عليه وسلم لم ينه عنها ولكن قال « ان يمنح أحدكم أخاه خير له من أن يأخذ عليها خراجا معلوما »

ثم ان أحاديث رافع منها ما يخالف الاجماع ، وهو النهى عن كراء المزارع على الإطلاق ، ومنها مالا يختلف فى فساده كما قد بينا ؛ وتارة يحدث عن بعض عمومته وتارة عن سماعه وتارة عن ظهير بن رافع ، واذا كانت أخبار رافع هكذا وجب إخراجها واستعمال الاخبار الواردة فى شأن خيبر الجارية مجرى التواتر التى لا اختلاف فيها ؛ وقد عمل الخلفاء الراشدون وغيرهم بها . فلا معنى لتركها بمثل هذه الاحاديث الواهية

الجواب الرابع : أنه لو قدر صحة خبر رافع وامتنع تأويله وتعذر الجمع لوجب حمله على أنه منسوخ ، لانه لا بد من نسخ أحد الخبرين ، ويستحيل القول بنسخ حديث خيبر لكونه معمولا به من جهة النبى (ص) الى حين موته ثم من بعده الى

عصر التابعين ، فمتى كان نسخه ؟ وأما حديث جابر فى النهى عن المخابرة فيجب حمله على أحد الوجوه التى حمل عليها خبر رافع فإنه قد روى حديث خيبر أيضا فيجب الجمع بين حديثيه مهما أمكن ثم لو حمل على المزارعة لكان منسوخا بقصة خيبر لاستحالة نسخها كما ذكرنا ، وكذلك القول فى حديث زيد بن ثابت فإن قال أصحاب الشافعى تحمل أحاديثكم على الأرض التى بين النخيل ، وأحاديث النهى عن الأرض البيضاء جمعا بينهما . قلنا هذا بعيد لوجوه خمسة

أحدها . أنه يبعد أن تكون بلدة كبيرة يأتى منها أربعون ألف وسق ليس فيها أرض بيضاء ويبعد أن يكون قد عاملهم على بعض الارض دون بعض فينقل الرواة كلهم القصة على العموم من غير تفصيل مع الحاجة إليه .

الثانى : أن ما يذكرونه من التأويل لا دليل عليه وما ذكرناه دل عليه بعض الروايات وفسره الراوى له بما ذكرناه ، وليس معهم سوى الجمع بين الاحاديث والجمع بينها يحمل بعضها على ما فسره راويه به أولى من التحكم بما لا دليل عليه .

الثالث : أن قولهم يفضى إلى تقييد كل واحد من الحديثين ، وما ذكرناه حمل لأحدهما وحده .

الرابع : أن فيما ذكرناه موافقة عمل الخلفاء الراشدين وأهليهم وفقهاء الصحابة وهم أعلم بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وسنته ومعانيها وهو أولى من قول من خالفهم .

الخامس : أن ما ذهبنا إليه مجمع عليه ، فإن أبا جعفر روى ذلك عن كل أهل بيت بالمدينة ، وعن الخلفاء الاربعة وأهليهم وفقهاء الصحابة واستمرار ذلك وهذا مما لا يجوز خفاؤه ولم ينكره من الصحابة منكر فكان اجماعا ، وما روى فى مخالفته فقد بينا فساده فيكون هذا إجماعا من الصحابة رضى الله عنهم لا يسوغ لأحد خلافه والقياس يقتضيه ، فإن الارض عين تنمى بالعمل فيها فجازت المعاملة عليها ببعض نمائها كالاثمان فى المضاربة والنخل فى المساقاة أو نقول أرض فجازت المزارعة عليها كالارض بين النخيل ولان الحاجة داعية الى المزارعة لان أصحاب الارض قد لا يقدرون على زرعها والعمل عليها والاكرة يحتاجون الى الزرع

ولا أرض لهم فاقتضت حكمة الشرع جواز المزارعة كما قلنا فى المضاربة والمساقاة بل الحاجة ههنا آكد لان الحاجة إلى الزرع آكد منها إلى غيره لكونه مقتاتا ولكون الارض لا ينتفع بها إلا بالعمل عليها بخلاف المال ويدل على ذلك قول راوى حديثهم نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان لنا نافعا والشارع لا ينهى عن المنافع وإنما ينهى عن المضار والمفاسد فيدل ذلك على غلط الراوى فى المنهى عنه وحصول المنفعة فيما ظنه منهيا عنه ، اذا ثبت هذا فإن حكم المزارعة حكم المساقاة فى أنها انما تجوز بجزء للعامل من الزرع وفى جوازها ولزومها ومايلزم العامل ورب الارض وغير ذلك من أحكامها .

﴿ فصـــل ﴾

واذا كان فى الارض شجر وبينه بياض أرض فساقاه على الشجر وزارعه الارض التى بين الشجر جاز سواء قل بياض الارض أو كثر نص عليه أحمد ، وقال قد دفع النبى صلى الله عليه وسلم خيبر على هذا وبهذا قال كل من أجاز المزارعة فى الارض المفردة فإذا قال ساقيتك على الشجر وزارعتك على الارض بالنصف جاز ، وان قال عاملتك على الارض والشجر على النصف جاز ، لان المعاملة تشملهما ، وان قال زارعتك الارض بالنصف وساقيتك على الشجر بالربع جاز ، كما يجوز أن يساقيه على أنواع من الشجر ويجعل له فى كل نوع قدرا ، وان قال ساقيتك على الارض والشجر بالنصف جاز ، لان المزارعة مساقاة من حيث انها تحتاج الى السقى فيها لحاجة الشجر اليه ، وقال أصحاب الشافعى لا يصح لان المساقاة لا تتناول الارض وتصح فى النخل وحده وقيل ينبنى على تفريق الصفقة .

ولنا أنه عبر عن عقد بلفظ عقد يشاركه فى المعنى المشهور به فى الاشتقاق فصح كما لو عبر بلفظ البيع فى السلم ، ولان المقصود المعنى وقد علم بقرائن أحواله ، وهكذا ان قال فى الارض البيضاء ساقيتك على هذه الارض بنصف ما يزرع فيها ، فأما ان قال ساقيتك على الشجر بالنصف ولم يذكر الارض لم تدخل فى العقد وليس للعامل أن يزرع وبهذا قال الشافعى ، وقال مالك وأبو يوسف للداخل زرع البياض فإن تشارطا أن ذلك بينهما فهو جائز ، وان اشترط صاحب الارض أنه يزرع البياض لم يصلح لان الداخل يسقى لرب الارض فتلك زيادة ازدادها عليه .

ولنا أن هذا لم يتناوله العقد فلم يدخل فيه كما لو كانت أرضا منفردة .

(فصل) وان زارعه أرضا فيها شجرات يسيرة لم يجز أن يشترط العامل ثمرتها وبهذا قال الشافعي وابن المنذر وأجازه مالك اذا كان الشجر بقدر الثلث أو أقل لانه يسير فيدخل تبعا ، ولنا أنه اشترط الثمرة كلها فلم يجز كما لو كان الشجر أكثر من الثلث .

فصـــل

وان أجره بياض أرض وساقاه على الشجر الذى فيها جاز ، لانهما عقدان يجوز افراد كل واحد منهما فجاز الجمع بينهما كالبيع والاجارة ، ويحتمل أن لا يجوز بناء على الوجه الذى لا يجوز الجمع بينهما فى الاصل والاول أولى الا أن يفعلا ذلك حيلة على شراء الثمرة قبل وجودها أو قبل بدو صلاحها فلا يجوز سواء جمعا بين العقدين أو عقد أحدهما بعد الآخر لما ذكرنا فى ابطال الحيل .

« مسألة » قال (اذا كان البذر من رب الارض)

ظاهر المذهب أن المزارعة انما تصح اذا كان البذر من رب الارض والعمل من العامل نص عليه أحمد فى رواية جماعة واختاره عامة الاصحاب وهو مذهب ابن سيرين والشافعي واسحاق لانه عقد يشترك العامل ورب المال فى نمائه فوجب أن يكون رأس المال كله من عند أحدهما كالمساقاة والمضاربة .

وقد روى عن أحمد ما يدل على أن البذر يجوز أن يكون من العامل فانه قال فى رواية مهنا فى الرجل يكون له الارض فيها نخل وشجر يدفعها الى قوم يزرعون الارض ويقومون على الشجر على أن له النصف ولهم النصف فلا بأس بذلك ، وقد دفع النبي صلى الله عليه وسلم خيبر على هذا ، فأجاز دفع الارض لزرعها من غير ذكر البذر ، فعلى هذا أيهما أخرج البذر جاز ، وروى نحو ذلك عن عمر ابن الخطاب رضى الله عنه وهو قول أبى يوسف وطائفة من أهل الحديث وهو الصحيح ان شاء الله تعالى .

وروى عن سعد وابن مسعود وابن عمر أن البذر من العامل ولعلهم أرادوا أنه يجوز أن يكون من العامل فيكون كقول عمر ولا يكون قولا ثالثا ، والدليل

على صحة ما ذكرنا قول ابن عمر دفع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يهودى خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ولرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ثمرتها .

وفى لفظ على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها ، أخرجهما البخارى فجعل عملها من أموالهم وزرعها عليهم ولم يذكر شيئاً آخر ، وظاهره أن البذر من أهل خيبر ، والأصل المعول عليه فى المزارعة قصة خيبر ولم يذكر النبى صلى الله عليه وسلم أن البذر على المسلمين ولو كان شرطا لما أخل بذكره ولو فعله النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه لنقل ولم يجز الإخلال بنقله ، ولأن عمر رضى الله عنه فعل الامرين جميعا . فإن البخارى روى عنه أنه عامل الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وان جاءوا بالبذر فلهم كذا فظاهر هذا أن ذلك اشتهر فلم ينكر فكان إجماعا .

فإن قيل : هذا بمنزلة بيعتين فى بيعة فكيف يفعله عمر رضى الله عنه ؟ قلنا : يحتمل أنه قال ذلك ليخيرهم فى أى العقدين شاءوا فمن اختار عقداً عقده معه معيناً كما لو قال فى البيع إن شئت بعتكه بعشرة صحاح ، وإن شئت بأحد عشر مكسورة فاختار أحدهما فعقد المبيع معه معينا ، ويجوز أن يكون مجيئه بالبذر أو شروعه فى العمل بغير بذر مع إقرار عمر له على ذلك وعلمه به جرى مجرى العقد ولهذا روى عن أحمد رحمه الله صحة الإجارة فيما إذا قال إن خطته روميا فلك درهم وان خطته فارسيا فلك نصف درهم ، وما ذكره أصحابنا من القياس يخالف ظاهر النص والإجماع اللذين ذكرناهما فكيف يعمل به ؟ ثم هو منتقض بما إذا اشترك مالان وبدن صاحب أحدهما .

(فصل) فإن كان البذر منهما نصفين وشرطا أن الزرع بينهما نصفان فهو بينهما ، سواء قلنا بصحة المزارعة أو فسادها ، لانها ان كانت صحيحة فالزرع بينهما على ما شرطاه ، وان كانت فاسدة فلكل واحد منهما بقدر بذره ، لكن إن حكمنا بصحتها لم يرجع أحدهما على صاحبه بشيء .

وان قلنا من شرط صحتها إخراج رب المال البذر فهى فاسدة فعلى العامل نصف أجر الارض وله على رب الارض نصف أجر عمله فيتقاصان بقدر الأقل منهما

ويرجع أحدهما على صاحبه بالفضل ، وان شرطا التفاضل فى الزرع وقلنا بصحتها فالزرع بينهما على ما شرطاه ولا تراجع بينهما ، وان قلنا بفسادها فالزرع بينهما على قدر بذرهما ويتراجعان كما ذكرنا ، وكذلك إن تفاضلا فى البذر وشرطا التساوى فى الزرع أو شرطا لاحدهما أكثر من قدر بذره أو أقل .

(فصل) فإن قال صاحب الارض آجرتك نصف أرضى هذه بنصف بذرك ونصف منفعتك ومنفعة بقرك وآلتك وأخرج المزارع البذر كله لم يصح لأن المنفعة غير معلومة ، وكذلك لو جعلها أجرة لارض أخرى أو دار لم يجز ويكون الزرع كله للمزارع وعليه أجر مثل الارض ، وان أمكن علم المنفعة وضبطها بما لا تختلف معه ومعرفة البذر جاز وكان الزرع بينهما ، ويحتمل أن لا يصح لان البذر عوض فيشترط قبضه كما لو كان مبيعا وما حصل فيه قبض ، وان قال آجرتك نصف أرضى بنصف منفعتك ومنفعة بقرك وآلتك وأخرجا البذر فهى كالتى قبلها إلا أن الزرع يكون بينهما على كل حال .

« مسألة » قال (فإن اتفقا على أن يأخذ رب الارض مثل بذره ويقتسما ما بقى لم يجز)

وكانت للمزارع أجرة مثله ، وكذلك يبطل إن أخرج المزارع البذر ويصير الزرع للمزارع وعليه أجرة الأرض ، أما اذا اتفقا على أن يأخذ رب الأرض مثل بذره فلا يصح ، لأنه كأنه اشترط لنفسه قفزانا معلومة وذلك شرط فاسد تفسد به المزارعة لأن الأرض ربما لا يخرج منها الا تلك القفزان فيختص رب المال بها وربما لا تخرجها الارض ، وأما اذا أخرج المزارع البذر فهو مبنى على الروايتين فى صحة هذا الشرط .

وقد ذكر الخرقى أنه فاسد فإذا أخرج المزارع البذر فسدت كما لو أخرج العامل فى المضاربة رأس المال من عنده ومتى فسدت المزارعة فالزرع لصاحب البذر ، لانه عين ماله ينقلب من حال الى حال وينمو فصار كصغار الشجر اذا غرس فطال والبيضة اذا حضنت فصارت فرخا ، والبذر ههنا من المزارع فكان الزرع له وعليه أجر الأرض ، لأن ربها إنما بذلها له بعوض لم يسلم له فرجع الى عوض

منافعها النابتة بزرعها على صاحب الزرع ، ولو فسدت والبذر من رب الأرض كان الزرع له وعليه أجر مثل العامل لذلك ، وان كان البذر منهما فالزرع بينهما ويتراجعان بما يفضل لأحدهما على صاحبه من أجر مثل الارض التي فيها نصيب العامل وأجر العامل بقدر عمله فى نصيب صاحب الارض .

(فصل) وان زارعه على أن لرب الأرض زرعاً بعينه وللعامل زرعاً بعينه مثل أن يشترط لأحدهما زرع ناحية وللآخر زرع أخرى أو يشترط أحدهما ما على السواقي والجداول إما منفرداً أو مع نصيبه فهو فاسد بإجماع العلماء ، لأن الخبر صحيح فى النهى عنه غير معارض ولا منسوخ ، ولانه يؤدى الى تلف ما عين لاحدهما دون الآخر فينفرد أحدهما بالغلة دون صاحبه .

(فصـــل)

والشروط الفاسدة فى المساقاة والمزارعة تنقسم قسمين . أحدهما : ما يعود بجهالة نصيب كل واحد منهما مثل ما ذكرنا ههنا أو أن يشترط أحدهما نصيبا مجهولا أو دراهم معلومة أو أقفزة معينة أو أنه إن سقى سيحا فله كذا وان سقى بكلفه فله كذا ، فهذا يفسدها لأنه يعود الى جهالة المعقود عليه فأشبه البيع بثمن مجهول والمضاربة مع جهالة نصيب أحدهما ، وان شرط البذر من العامل فالمنصوص عن أحمد فساد العقد ، لان الشرط إذا فسد لزم كون الزرع لرب البذر لكونه نماء ماله فلا يحصل لرب الأرض شيء منه ويستحق الأجر وهذا معنى الفساد ، فأما ان شرط ما لا يفضى الى جهالة الربح كعمل رب المال معه أو عمل العامل فى شيء آخر فهل تفسد المساقاة والمزارعة ؟ يخرج على روايتين بناء على الشرط الفاسد فى البيع والمضاربة .

(فصل) وان دفع رجل بذره الى صاحب الارض ليزرعه فى أرضه ويكون ما يخرج بينهما فهو فاسد أيضا ، لان البذر ليس من رب الارض ولا من العامل ويكون الزرع لصاحب البذر وعليه أجر الأرض والعمل ، وان قال صاحب الأرض لرجل أنا أزرع الأرض ببذرى وعواملى ويكون سقيها من مائك والزرع بيننا ففيها روايتان .

إحداهما لا يصح ، اختارها القاضى لأن موضوع المزارعة على أن يكون من أحدهما الأرض ومن الآخر العمل ، وليس من صاحب الماء أرض ولا عمل ولا بذر ، ولأن الماء لا يباع ولا يستأجر فكيف تصح المزارعة به ؟

والثانية يصح ، اختارها أبو بكر ونقلها عن أحمد يعقوب بن بختان وحرب ، لأن الماء أحد ما يحتاج اليه فى الزرع ؛ فجاز أن يكون من أحدهما كالأرض والعمل . والأول أصح . لأن هـذا ليس بمنصوص عليه ولا فى معنى المنصوص لما ذكرناه .

فصل

وإن اشترك ثلاثة : من أحدهم الأرض ومن الآخر البذر ومن الآخر البقر والعمل على أن ما رزق الله بينهم فعملوا ، فهذا عقد فاسد ، نص عليه فى رواية أبى داود ومهنا وأحمد بن القاسم .

وذكر حديث مجاهد فى أربعة اشتركوا فى زرع على عهد رسول الله (ص) فقال أحدهم : على الفدان ، وقال الآخر قبلى الأرض ، وقال الآخر قبلى البذر ، وقال الاخر قبلى العمل ، فجعل النبى (ص) الزرع لصاحب البذر وألغى صاحب الأرض ، وجعل لصاحب العمل كل يوم درهماً ، ولصاحب الفدان شيئا معلوما . فقال أحمد لا يصح والعمل على غيره .

وذكر هذا الحديث سعيد بن منصور عن الوليد بن مسلم عن الأوزاعى . وعن واصل بن أبى جميل عن مجاهد : وقال فى آخره : فحدثت به مكحولا فقال : ما يسرنى بهذا الحديث وصيفا ، وحكم هذه المسألة حكم المسألة التى ذكرناها فى صدر الفصل وهما فاسدان ، لأن موضوع المزارعة على أن البذر من رب الأرض أو من العامل وليس هو ههنا من واحد منهما ، وليست شركة ، لأن الشركة تكون بالأثمان ؛ وان كانت بالعروض اعتبر كونها معلومة ولم يوجد شىء من ذلك ههنا وليست إجارة ، لان الاجارة تفتقر إلى مدة معلومة وعوض معلوم ، وبهذا قال مالك والشافعى وأصحاب الرأى ؛ فعلى هذا يكون الزرع لصاحب البذر لأنه نماء ماله ولصاحبيه عليه أجر مثلهما لانهما دخلا على أن يسلم لهما المسمى ، فإذا لم يسلم عاد الى بدله ، وبهذا قال الشافعى وأبو ثور .

وقال أصحاب الرأى : يتصـــدق بالفضل . والصحيح أن النماء لصاحب البذر ولا تلزمه الصـدقة به كسائر ماله . ولو كانت الارض لثلاثة فاشتركوا على أن يزرعوها ببذرهم ودوابهم وأعوانهم : على أن ما أخرج الله بينهم على قدر مالهم فهو جائز . وبهذا قال مالك والشافعى وأبو ثور وابن المنذر ، ولا نعلم فيه خلافا لان أحدهم لا يفضل صاحبيه بشيء .

(فصـــل)

واذا زارع رجلا وآجره أرضه فزرعها وسقط من الحب شيء فنبت فى تلك الارض عاما آخر فهو لصاحب الارض . نص عليه أحمد فى رواية أبى داود ومحمد بن الحارث .

وقال الشافعى : هو لصاحب الحب ، لانه عين ماله فهو كما لو بذره قصداً

ولنا أن صاحب الحب أسقط حقه منه بحكم العرف وزال ملكه عنه ؛ لأن العادة ترك ذلك لمن يأخذه ، ولهذا أبيح التقاطه ورعيه ، ولا نعلم خلافا فى إباحة التقاط ما خلفه الحصادون من سنبل وحب وغيرهما ، فجرى ذلك مجرى نبذه على سبيل الترك له وصار كالشيء التافه يسقط منه كالثمرة واللقمة ونحوهما ؛ والنوى لو التقطه إنسان فغرسه كان له دون من سقط منه ، كذا ههنا

(فصل فى إجارة الارض) تجوز اجارتها بالورق والذهب وسائر العروض سوى المطعوم فى قول أكثر أهل العلم . قال أحمد : قلما اختلفوا فى الذهب والورق ؛ وقال ابن المنذر : أجمع عوام أهل العلم على أن اكتراء الارض وقتا معلوما جائز بالذهب والفضة . روينا هذا القول عن سعيد ورافع بن خديج وابن عمر وابن عباس ، وبه قال سعيد بن المسيب وعروة والقاسم وسالم وعبد الله بن الحارث ومالك والليث والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وروى عن طاوس والحسن كراهة ذلك ، لما روى رافع أن النبى (ص) نهى عن كراء المزارع ، متفق عليه

ولنا أن رافعا قال : أما بالذهب والورق فلم ينهنا — يعنى النبى (ص) — متفق عليه ، ولمسلم « أما بشيء معلوم مضمون فلا بأس » وعن حنظلة بن قيس أنه

سأل رافع بن خديج عن كراء الارض فقال . نهى رسول الله ص عن كراء الارض ، قال فقلت بالذهب والفضة ؟ قال إنما نهى عنها ببعض ما يخرج منها : أما بالذهب والفضة فلا بأس ، متفق عليه ، وعن سعد قال : كنا نكرى الارض بما على السواقى وما سعد بالماء منها ، فنهانا رسول الله ص عن ذلك وأمرنا أن نكريها بذهب أو فضة ، رواه أبو داود ، ولانها عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها ، فجازت إجارتها بالاثمان ونحوها ، كالدور ، والحكم فى العروض كالحكم فى الاثمان ، وأما حديثهم فقد فسره الراوى بما ذكرنا عنه فلا يجوز الاحتجاج به على غيره ، وحديثنا مفسر لحديثهم فإن راويهما واحد ، وقد رواه عاما وخاصا ، فيحمل العام على الخاص مع موافقة الخاص لسائر الاحاديث والقياس وقول أكثر أهل العلم

فأما إجارتها بطعام فتنقسم ثلاثة أقسام

أحدها : أن يؤجرها بمطعوم غير الخارج منها معلوم فيجوز ، نص عليه أحمد فى رواية الحسن بن ثواب وهو قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن جبير وعكرمة والنخعى والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى ، ومنع منه مالك حتى منع إجارتها باللبن والعسل ، وقد روى عن أحمد أنه قال : ربما تهيبته

قال القاضى : هذا من أحمد على سبيل الورع ومذهبه الجواز ، والحجة لمالك ماروى رافع بن خديج عن بعض عمومته قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من كانت له أرض فلا يكريها بطعام مسمى » رواه أبو داود وابن ماجه ، وروى ظهير بن رافع قال : دعانى رسول الله (ص) فقال « ماتصنعون بمحاقلكم » قلت نؤاجرها على الربع أو على الاوسق من التمر أو الشعير : قال لا تفعلوا ازرعوها أو امسكوها ، متفق عليه وروى أبو سعيد قال : نهى رسول الله (ص) عن المحاقلة ، والمحاقلة استكراء الارض بالحنطة

ولنا قول رافع فأما بشىء معلوم مضمون فلا بأس به ، ولانه عوض معلوم مضمون لايتخذ وسيلة إلى الربا فجازت إجارتها به كالاثمان ، وحديث ظهير بن رافع قد سبق الكلام عليه فى المزارعة على أنه يحتمل النهى عن إجارتها بذلك

اذا كان خارجا منها ، ويحتمل النهى عنه اذا آجرها بالربع والاوسق ، وحديث أبي سعيد يحتمل المنع من كرائها بالحنطة اذا أكتراها لزرع الحنطة .

القسم الثانى : اجارتها بطعام معلوم من جنس مايزرع فيها كاجارتها بقفزان حنطة لزروعها فقال أبو الخطاب فيها روايتان .

احداهما : المنع وهى التى ذكرها القاضى مذهبا وهى قول مالك لما تقدم من الاحاديث ولانها ذريعة الى المزارعة عليها بشيء معلوم من الخارج منها لانه يجعل مكان قوله زارعتك آجرتك فتصير مزارعة بلفظ الاجارة . والذرائع معتبرة

والثانية جواز ذلك . اختارها أبو الخطاب ، وهو قول أبي حنيفة والشافعى لما ذكرنا فى القسم الأول ، ولأن ما جازت إجارته بغير المطعوم جازت به كالدور

القسم الثالث : إجارتها بجزء مشـــاع مما يخرج منها كنصف وثلث وربع ، فالمنصوص عن أحمد جوازه ، وهو قول أكثر الأصحاب ، واختار أبو الخطاب أنها لا تصح ، وهو قول أبي حنيفة والشافعى ، وهو الصحيح ان شاء الله لما تقدم من الأحاديث فى النهى من غير معارض لها ، ولأنها إجارة بعوض مجهول فلم تصح كإجارتها بثلث مايخرج من أرض أخرى ، ولأنها إجارة لعين ببعض نمائها فلم تجز كسائر الاعيان ، ولأنه لا نص فى جوازها ولا يمكن قياسها على المنصوص ، فإن النصوص إنما وردت بالنهى عن إجارتها بذلك ، ولا نعلم فى تجويزها نصا ، والمنصوص على جوازه اجارتها بذهب أو فضة أو شيء مضمون معلوم ، وليست هذه كذلك . فأما نص أحمد فى الجواز فيتعين حمله على المزارعة بلفظ الاجارة فيكون حكمها حكم المزارعة فى جوازها ولزومها ، وفيما يلزم العامل ورب الارض وسائر أحكامها والله أعلم

كتاب الاجارات

الأصل فى جواز الإجارة الكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) وقال تعالى قالت إحداهما . أبت استأجره إن خير من استأجرت القوى الأمين ، قال إنى أريد أن أنـ . إحدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج فإن أتممت عشرا فمن عندك ، وروى ابن ماجه فى سننه عن عتبة بن المنذر قال كنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقرأ (طس) حتى إذا بلغ قصة موسى قال ، إن موسى عليه السلام اجر نفسه ثمانى حجج أو عشرا على عفة فرجه وطعام بطنه ، وقال الله تعالى (فوجد فيها جداراً يريد أن ينقض فأقامه ، قال لو شئت لاتخذت عليه أجرا) وهذا يدل على جواز أخذ الأجر على إقامته .

وأما السنه . فثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبا بكر استأجرا رجلا من بنى الديل هاديا خريتا ، وروى البخارى عن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ، قال الله عز وجل ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بى ثم غدر ورجل باع حراً فأكل ثمنه ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره ، والأخبار فى هذا كثيرة ، وأجمع أهل العلم فى كل عصر وكل مصر على جواز الإجارة إلا ما يحكى عن عبد الرحمن بن الأصم أنه قال لا يجوز ذلك لأنه غرر يعنى أنه يعقد على منافع لم تخلق وهذا غلط لا يمنع انعقاد الاجماع الذى سبق فى الأعصار وسار فى الأمصار ، والعبرة أيضا دالة عليها فإن الحاجة إلى المنافع كالحاجة الى الأعيان فلما جاز العقد على الاعيان وجب أن تجوز الاجارة على المنافع ، ولا يخفى ما بالناس من الحاجة الى ذلك فإنه ليس لكل أحد دار يملكها ولا يقدر كل مسافر على بعير أو دابة يملكها ولا يلزم أصحاب الاملاك إسكانهم وحملهم تطوعا ، وكذلك أصحاب الصنائع يعملون بأجر ولا يمكن كل أحد عمل ذلك ولا يجد متطوعا به فلا بد من الاجارة لذلك بل ذلك مما جعله الله طريقا للرزق حتى ان أكثر المكاسب بالصنائع . وما ذكره من الغرر لا يلتفت اليه مع

ما ذكرنا من الحاجة فان العقد على المنافع لا يمكن بعد وجودها لانها تتلف بمضى الساعات فلا بد من العقد عليها قبل وجودها كالسلم فى الاعيان .

(فصل) واشتقاق الاجارة من الاجر وهو العوض قال الله تعالى (لو شئت لاتخذت عليه أجرا) ومنه سمى الثواب أجرا ، لان الله تعالى يعوض العبد به على طاعته أو صبره عن مصيبته .

(فصل وهى نوع من البيع لانها تمليك من كل واحد منهما لصاحبه فهى بيع المنافع والمنافع بمنزلة الاعيان لانه يصح تمليكها فى حال الحياة وبعد الموت وتضمن باليد والاتلاف ويكون عوضها عيناً وديناً ، وانما اختصت باسم كما اختص بعض البيوع باسم كالصرف والسلم ، اذا ثبت هذا فانها تنعقد بلفظ الاجارة والكراء لانهما موضوعان لها ، وهل تنعقد بلفظ البيع ؟ فيه وجهان .

أحدهما : تنعقد به لانها بيع فانعقدت بلفظه كالصرف .

والثانى : لا تنعقد به لان فيها معنى خاصا فافتقرت الى لفظ يدل على ذلك المعنى ، ولان الاجارة تضاف الى العين التى يضاف اليها البيع اضافة واحدة فاحتيج الى لفظ يعرف ويفرق بينهما كالعقود المتباينة ، ولانه عقد يخالف البيع فى الحكم والاسم فأشبه النكاح .

(فصل) ولا تصح الا من جائز التصرف لأنها عقد تمليك فى الحياة فأشبه البيع .

« مسألة » قال ﴿ واذا وقعت الاجارة على مدة معلومة بأجرة معلومة فقد ملك المستأجر المنافع وملكت عليه الاجرة كاملة فى وقت العقد الا أن يشترطا أجلا ﴾

هذه المسألة تدل على أحكام ستة ، أحدها : أن المعقود عليه المنافع وهذا قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأبو حنيفة وأكثر أصحاب الشافعى ، وذكر بعضهم أن المعقود عليه العين لانها الموجودة والعقد يضاف اليها فيقول أجرتك دارى كما يقول بعتكها .

ولنا أن المعقود عليه هو المستوفى بالعقد وذلك هو المنافع دون الاعيان ، ولان الاجر فى مقابلة المنفعة ولهذا تضمن دون العين ، وما كان العوض فى مقابلته

فهو المعقود عليه وإنما أضيف العقد إلى العين لأنها محل المنفعة ومنشؤها كما يضاف عقد المساقاة إلى البستان والمعقود عليه الثمرة ، ولو قال أجرتك منفعة دارى جاز

الثانى : أن الاجارة إذا وقعت على مدة يجب أن تكون معلومة كشهر وسنة ولا خلاف فى هذا نعلمه ولأن المدة هى الضابطة للمعقود عليه المعرفة له فوجب أن تكون معلومة كعدد المكيلات فيما بيع بالكيل ، فإن قدر المدة بسنه مطلقة حمل على سنة الاهلة لانها المعهودة فى الشرع .

قال الله تعالى (يسئلونك عن الاهلة قل هى مواقيت للناس والحج) فوجب أن يحمل العقد عليه فإن شرط هلالية كان تأكيداً : وان قال عددية أو سنة بالايام كان له ثلاثمائة وستون يوما لأن الشهر العددى يكون ثلاثين يوما ، وان استأجر سنة هلالية أول الهلال عد اثنى عشر شهرا بالاهلة سواء كان الشهر تاماً أو ناقصا لان الشهر الهلالى ما بين الهلالين ينقص مرة ويزيد أخرى ، وان كان العقد فى أثناء شهر عد ما بقى من الشهر وعد بعده أحد عشر شهرا بالهلال ثم كمل الشهر الاول بالعدد ثلاثين يوما لانه تعذر اتمامه بالهلال فتممناه بالعدد وأمكن استيفاء ما عداه بالهلال فوجب ذلك لانه الاصل .

وحكى عن أحمد رحمه الله رواية أخرى أنه يستوفى الجميع بالعدد لانها مدة يستوفى بعضها بالعدد فوجب استيفاء جميعها به كما لو كانت المدة شهرا واحدا ، ولان الشهر الاول ينبغى أن يكمل من الشهر الذى يليه فيحصل ابتداء الشهر الثانى فى أثنائه فكذلك كل شهر يأتى بعده ، ولابى حنيفة والشافعى كالروايتين .

وهكذا إن كان العقد على أشهر دون السنة ، وان جعلا المدة سنة رومية أو شمسية أو فارسية أو قبطية وكان يعلمان ذلك جاز وكان له ثلاثمائة وخمسة وستون يوما فإن الشهور الرومية منها سبعة أحد وثلاثون يوما وأربعة ثلاثون يوما وشهر واحد ثمانية وعشرون يوما ، وشهور القبط كلها ثلاثون ثلاثون وزادوها خمسة أيام لتساوى سنتهم السنة الرومية ، وان كان أحدهما يجهل ذلك لم يصح لان المدة مجهولة فى حقه وان أجره الى العيد انصرف الى الذى يليه وتعلق بأول جزء منه لانه جعله غاية فتنتهى مدة الاجارة بأوله .

وقال القاضى : لابد من تعيين العيد فطراً أو أضحى من هذه السنة أو سنة كذا

وكذلك الحكم إن علقه بشهر يقع اسمه على شهرين كجمادى وربيع يجب على قوله أن يذكر الأول أو الثانى من سنة كذا ، وان علقه بشهر مفرد كرجب وشعبان فلا بد أن يبينه من أى سنة وان علقه بيوم فلا بد على قوله أن يبينه من أى أسبوع وان علقه بعيد من أعياد الكفار صح إذا علماه والا لم يصح وقد مضى نحو من هذا

(فصـــل)

ولا يشترط فى مدة الاجارة أن تلى العقد بل لو أجره سنة خمس وهما فى سنة ثلاث أو شهر رجب فى المحرم صح ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعى : لا يصح إلا أن يستأجرها من هى فى اجارته ففيه قولان لانه عقد على مالا يمكن تسليمه فى الحال فأشبه اجارة العين المغصوبة . قال ولا يجوز أن يكترى بعيراً بعينه الا عند خروجه لذلك .

ولنا أن هـذه مدة يجوز العقد عليها مع غيرها فجاز العقد عليها مفردة مع عموم الناس كالتى تلى العقد ، وانما تشترط القدرة على التسليم عند وجوب التسليم كالمسلم فيه ، ولا يشترط وجوده ولا القدرة عليه حال العقد ولا فرق بين كونها مشغولة أو غير مشغولة لما ذكرناه، وما ذكروه يبطل بما اذا أجرها من المكترى فانه يصح مع ما ذكروه .

إذا ثبت هذا فإن الاجارة ان كانت على مدة تلى العقد لم يحتج الى ذكر ابتدائها من حين العقد وان كانت لا تليه فلا بد من ذكر ابتدائها لأنه أحد طرفى العقد فاحتيج الى معرفته كالانتهاء ، وان أطلق : فقال أجرتك سنة أو شهراً صح وكان ابتداؤه من حين العقد ، وهذا قول مالك وأبى حنيفة .

وقال الشافعى وبعض أصحابنا : لا يصح حتى يسمى الشهر ويذكر أى سنة هى فإن أحمد قال فى رواية اسماعيل بن سعيد . اذا استأجر أجيراً شهراً فلا يجوز حتى يسمى الشهر .

ولنا قول الله تعالى اخباراً عن شعيب عليه السلام (على ان تأجرنى ثمانى حجج ولم يذكر ابتداءها ولانه تقدير بمدة ليس فيها قربة فإذا أطلقها وجب أن تلى السبب الموجب كمدة السلم والإيلاء وتفارق النذر فإنه قربة .

فصل

ولا تتقدر أكثر مدة الاجارة بل تجوز إجارة العين المدة التى تبقى فيها وإن كثرت ،وهذا قول كافة أهل العلم إلا أن أصحاب الشافعى اختلفوا فى مذهبه فمنهم من قال له قولان .

أحدهما : كقول سائر أهل العلم وهو الصحيح .

الثانى : لايجوز أكثر من سنة لان الحاجة لاتدعو إلى أكثر منها، ومنهم من قال له قول ثالث أنها لا تجوز أكثر من ثلاثين سنة ، لأن الغالب أن الأعيان لا تبقى أكثر منها وتتغير الاسعار والاجر

ولنا قول الله تعالى اخبارا عن شعيب عليه السلام أنه قال (على أن تأجرنى ثمانى حجج فإن أتممت عشراً فمن عندك) وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يقم على نسخه دليل ، ولان ما جاز العقد عليه سنة جاز أكثر منها ، كالبيع والنكاح والمساقاة ، والتقدير بسنة وثلاثين تحكم لا دليل عليه وليس ذلك أولى من التقدير بزيادة عليه أو نقصان منه . واذا استأجره سنين لم يحتج الى تقسيط الاجر على كل سنة فى ظاهر كلام أحمد ، كما لو استأجر سنة لم يفتقر الى تقسيط أجر كل شهر بالاتفاق ولو استأجر شهراً لم يفتقر إلى تقسيط أجر كل يوم ، ولأن المنفعة كأعيان فى البيع ، ولو اشتملت الصفقة على أعيان لم يلزمه تقدير ثمن كل عين كذلك ههنا وقال الشافعى فى أحد قوليه كقولنا وفى الآخر يفتقر إلى تقسيط أجر كل سنة لأن المنافع تختلف باختلاف السنين فلا يأمن أن ينفسخ العقد فلا يعلم بم يرجع ، وهذا يبطل بالشهور ، فإنه لا يفتقر الى تقسيط الأجر عليها مع الاحتمال الذى ذكروه .

(فصل) والإجارة على ضربين :

أحدها : أن يعقدها على مدة .

الثانى : أن يعقدها على عمل معلوم ، كبناء حائط ، وخياطة قميص وحمل الى موضع معين ، فإذا كان المستأجر مما له عمل كالحيوان جاز فيه الوجهان لأن له عملا تتقدر منافعه به ، وان لم يكن له عمل كالدار والارض لم يجز الا على مدة ، ومتى

تقدرت المدة لم يجز تقدير العمل : وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، لأن الجمع بينهما يزيدها غرراً ، لأنه قد يفرغ من العمل قبل انقضاء المدة ، فإن استعمل في بقية المـــدة فقد زاد على ما وقع عليه العقد ، وإن لم يعمل كان تاركا للعمل في بعض المدة ، وقد لا يفرغ من العمل في المدة ، فإن أتمه عمل في غير المدة ، وإن لم يعمله لم يأت بما وقع عليه العقد ، وهذا غرر أمكن التحرز عنه ، ولم يوجد مثله في محل الوفاق فلم يجز العقد معه .

وروى عن أحمـــد فيمن اكترى دابة الى موضع على أن يدخله في ثلاث فدخله في ست ، فقال قد أضر به ، فقيل يرجع عليه بالقيمة ؟ قال لا . يصالحه وهـذا يدل على جواز تقديرهما جميعا ، وهو قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن ، لأن الإجارة معقودة على العمل والمدة مذكورة للتعجيل فلا يمتنع ذلك ، فعلى هذا اذا فرغ العمل قبل انقضاء المدة لم يلزمه العمل في بقيتها ، لأنه وفى ما عليه قبل مدته فلم يلزمه شيء آخر ، كما لو قضى الدين قبل أجله

وان مضت المدة قبل العمل فللمستأجر فسخ الاجارة ، لأن الأجير لم يف له بشرطه ، وان رضى بالبقاء عليه لم يملك الاجير الفسخ ، لأن الاخلال بالشرط منه فلا يكون ذلك وسيلة له الى الفسخ ، كما لو تعذر أداء المسلم فيه في وقته لم يملك المسلم اليه الفسخ ويملكه المسلم ، فإن اختار امضاء العقد طالبه بالعمل لا غير كالمسلم اذا صبر عند تعذر المسلم فيه الى حين وجوده لم يكن له أكثر من المسلم فيه ، وان فسخ العقد قبل عمل شيء من العمل سقط الأجر والعمل ، وان كان بعد عمل شيء منه فله أجر مثله ، لأن العقد قد انفسخ فسقط المسمى ورجع الى أجر المثل .

فصـــل

ومن اكترى دابة الى العشاء فآخر المـــدة الى غروب الشمس ، وبهذا قال الشـافعي ، وقال أبو حنيفة وأبو ثور : آخرها زوال الشمس ، لأن العشاء آخر النهار ، وآخر النهار النصف الآخر من الزوال ، ولذلك جاء في حديث ذي اليدين عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : صلى بنا النبي (ص) احدى صلاتي العشي - يعني الظهر أو العصر - هكذا تفسيره

ولنا قول الله تعـالى (من بعد صلاة العشاء) يعني العتمة ، وقال النبي (ص)

« لولا أن أشق على أمتي لأخرت العشاء الى ثلث الليل » وانما تعلق الحكم بغروب الشمس ، لان هذه الصلاة تسمى العشاء الاخرة : فدل على أن الاولى المغرب ، وهو فى العرف كذلك ، فوجب أن يتعلق الحكم به ، لان المدة اذا جعلت الى وقت تعلقت بأوله كما لو جعلها الى الليل ، وما ذكروه لا يصح ، لان لفظ العشي غير لفظ العشاء ، فلا يجوز الاحتجاج بأحدهما على الاخر حتى يقوم دليل على أن معنى اللفظين واحد ، ثم لو ثبت أن معناهما واحد غير أن أهل العرف لايعرفونه فلا يتعلق به حكم . وكذلك الحكم فيما اذا اكتراها الى العشي ، لان أهل العرف لا يعرفون غير ما ذكرناه

وان اكتراها الى الليل فهو الى أوله ، وكذلك ان اكتراها الى النهار فهو الى أوله ، ويتخرج أن يدخل الليل فى المدة الاولى والنهار فى الثانية لما ذكرناه فى مدة الخيار : والاول أصح . وان اكتراها نهاراً فهو الى غروب الشمس ، وان اكتراها ليلة فهي الى طلوع الفجر فى قول الجميع ، لان الله تعالى قال فى ليلة القدر (سلام هى حتى مطلع الفجر) وقال تعالى (أحل لكم ليلة الصيام الرفث الى نسائكم - ثم قال - فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر ثم أتموا الصيام الى الليل)

(فصل) وان اكترى فسطاطا الى مكة ولم يقل متى أخرج فالكراء فاسد ، وبه قال أبو ثور وهو قياس قول الشافعي ، وقال أصحاب الرأي . يجوز استحسانا بخلاف القياس .

ولنا أنها مدة غير معلومة الابتداء فلم يجز كما لو قال : أجرتك داري من حين يخرج الحاج الى آخر السنة . وقد اعترفوا بمخالفته للدليل ، وما ادعوه دليلا لا نسلم كونه دليلا .

(فصل) (الحكم الثالث أنه يشترط فى عوض الاجارة كونه معلوما لانعلم فى ذلك خلافا ، وذلك لانه عوض فى عقد معاوضة ، فوجب أن يكون معلوما كالثمن فى البيع ، وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من استأجر أجيراً فليعلمه أجره » ويعتبر العلم بالرؤية أو بالصفة كالبيع سواء فإن كان العوض معلوما بالمشاهدة دون القدر كالصبرة احتمل وجهين ، أشبههما الجواز لانه عوض معلوم

يجوز به البيع لجازت به الإجارة كما لو علم قدره . والثاني لا يجوز لانه قد ينفسخ العقد بعد تلف الصبرة فلا يدري بكم يرجع فاشترط معرفة قدره كعوض المسلم فيه والاول أولى . وظاهر كلام الخرقي أن العلم بالقدر في عوض السلم ليس بشرط ثم الفرق بينهما أن المنفعة ههنا أجريت مجرى الاعيان لانها متعلقة بعين حاضرة والسلم يتعلق بمعدوم فافترقا . وللشافعي نحو مما ذكرنا في هذا الفصل

(فصل) وكل ما جاز ثمنا في البيع جاز عوضا في الاجارة لانه عقد معاوضة أشبه البيع . فعلى هذا يجوز أن يكون العوض عينا ومنفعة أخرى : سواء كان الجنس واحداً كمنفعة دار بمنفعة أخرى ، أو مختلفا كمنفعة دار بمنفعة عبد ، قال أحمد : لا بأس أن يكتري بطعام موصوف معلوم : وبهذا كله قال الشافعي ، قال الله تعالى اخباراً عن شعيب أنه قال (اني أريد أن أنكحك احدى ابنتي هاتين على ان تأجرني ثماني حجج) فجعل النكاح عوض الاجارة ، وقال ابو حنيفة فيما حكي عنه لا تجوز اجارة دار بسكني أخرى ، ولا يجوز أن يختلف جنس المنفعة كسكني دار بمنفعة بهيمة ، لان الجنس الواحد عنده يحرم النساء . وكره الثوري الإجارة بطعام موصوف ، والصحيح جوازه ، وهو قول اسحاق وأصحاب الرأي وقياس قول الشافعي لانه عوض يجوز في البيع فجاز في الاجارة كالذهب والفضة وما قاله ابو حنيفة لا يصح ، لان المنافع في الاجارة ليست في تقدير النسيئة ، ولو كانت نسيئة ما جاز في جنسين ، لانه يكون بيع دين بدين

(فصل) ولو استأجر رجلا ليسلخ له بهيمة بجلدها لم يجز ، لانه لا يعلم هل يخرج الجلد سليما أو لا ، وهل هو ثخين أو رقيق ، ولانه لا يجوز ان يكون ثمنا في البيع فلا يجوز أن يكون عوضا في الاجارة كسائر المجهولات ، فإن سلخه بذلك فله أجر مثله ، وان استأجره اطرح ميتة بجلدها فهو ابلغ في الفساد لان جلد الميتة نجس لا يجوز بيعه وقد خرج بموته عن كونه ملكا وان فعل فله أجر مثله أيضاً

(فصل) ولو استأجر راعيا لغنم بثلث درها ونسلها وصوفها وشعرها أو نصفه أو جميعه لم يجز ، نص عليه أحمد في رواية جعفر بن محمد النسائي لان الاجر غير معلوم ولا يصلح عوضا في البيع

وقال إسماعيل بن سعيد . سألت أحمد عن الرجل يدفع البقرة الى الرجل على أن يعلفها ويتحفظها وما ولدت من ولد بينهما فقال أكره ذلك ، وبه قال أبو أيوب وأبو خيثمة ولا أعلم فيه مخالفا وذلك لأن العوض مجهول معـــدوم ولا يدرى أيوجد أم لا والأصل عدمه ، ولا يصلح أن يكون ثمنا .

فإن قيل : فقد جوزتم دفع الدابة إلى من يعمل عليها بنصف ربحها ، قلنا إنما جاز ثم تشبيها بالمضاربة لأنها عين تنمى بالعمل لجاز اشتراط جزء من النمـــاء والمساقاة كالمضاربة وفى مسألتنا لا يمكن ذلك لأن النماء الحاصل فى الغنم لا يقف حصوله على عمله فيها فلم يمكن إلحاقه بذلك ، وان استأجره على رعايتها مدة معلومة بنصفها أو جزء معلوم منها صح لأن العمل والأجر والمدة معلوم فصح كما لو جعل الأجر دراهم ويكون النماء الحاصل بينهما بحكم الملك لأنه ملك الجزء المجعول له منها فى الحال فيكون له نماؤه كما لو اشتراه .

فصـــل

(الحكم الرابع) أن الاجارة اذا تمت وكانت على مدة ملك المستأجر المنافع المعقود عليها الى المدة ويكون حدوثها على ملكه : وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة تحدث على ملك المؤجر ولا يملكها المستأجر بالعقد لأنهـا معدومة فلا تكون مملوكة كالثمرة والولد .

ولنا أن الملك عبارة عن حكم يحصل به تصرف مخصوص ، وقد ثبت أن هذه المنفعة المستقبلة كان مالك العين يتصرف فيها كتصرفه فى العين فلما أجرها صار المستأجر مالكا للتصرف فيها كما كان يملكه المؤجر فثبت أنها كانت مملوكة لمالك العين ثم انتقلت الى المستأجر بخلاف الولد والثمرة فإن المستأجر لا يملك التصرف فيها ، وقولهم ان المنافع معدومة قلنا هى مقدرة الوجود لأنها جعلت موردا للعقد والعقد لا يرد الا على موجود .

(فصل) (الحكم الخامس أن المؤجر يملك الأجرة بمجرد العقد اذا أطلق ولم يشترط المستأجر أجلا كما يملك البائع الثمن بالبيع ، وبهذا قال الشافعى ، وقال مالك وأبو حنيفة لا يملكها بالعقد فلا يستحق المطالبة بها الا يوما بيوم الا أن يشترط تعجيلها ، قال أبو حنيفة الا أن تكون معينة كالثوب والعبد والدار لأن

الله تعالى قال (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) فأمر بإيتائهن بعد الارتضاع وقال النبي صلى الله عليه وسلم « ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة : رجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره » فتوعد على الامتناع من دفع الأجر بعد العمل فدل على أنها حالة الوجوب . وروى عنه عليه السلام أنه قال « أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه » رواه ابن ماجه ولأنه عوض لم يملك معوضه فلم يجب تسليمه كالعوض في العقد الفاسد فإن المنافع معدومة لم تملك ولو ملكت فلم يتسلمها لأنه يتسلمها شيئاً فشيئاً فلا يجب عليه العوض مع تعذر التسليم في العقد .

ولنا أنه عوض أطلق ذكره في عقد معاوضة فيستحق بمطلق العقد كالثمن والصداق أو نقول عوض في عقد يتعجل بالشرط فوجب أن يتعجل بمطلق العقد كالذي ذكرنا . فأما الآية فيحتمل أنه أراد الإيتاء عند الشروع في الرضاع أو تسليم نفسها كما قال تعالى (فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم) أي إذا أردت القراءة ولأن هذا تمسك بدليل الخطاب ولا يقولون به وكذلك الحديث : يحققه أن الامر بالإيتاء في وقت لا يمنع وجوبه قبله كقوله (فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن) والصداق يجب قبل الاستمتاع ، وهذا هو الجواب عن الحديث ويدل عليه أنه انما توعد على ترك الإيفاء بعد الفراغ من العمل ، وقد قلتم يجب الأجر شيئاً فشيئاً . ويحتمل أنه توعده على ترك الإيفاء في الوقت الذي تتوجه المطالبة فيه عادة .

جواب آخر أن الآية والأخبار انما وردت فيمن استؤجر على عمل ، فأما ما وقعت الاجارة فيه على مدة فلا تعرض لها به . وأما اذا كانت الاجارة على عمل فإن الاجر يملك بالعقد أيضاً لكن لا يستحق تسليمه الا عند تسليم العمل ، قال ابن أبي موسى من استأجر لعمل معلوم استحق الأجر عند ايفاء العمل ، وان استؤجر في كل يوم بأجر معلوم فله أجر كل يوم عند تمامه .

وقال أبو الخطاب : الاجر يملك بالعقد ويستحق بالتسليم ويستقر بمضي المدة وانما توقف استحقاق تسليمه على العمل لأنه عوض فلا يستحق تسليمه الا مع تسليم المعوض كالصداق والثمن في المبيع ، وفارق الاجارة على الأعيان لأن

تسليمها جرى مجرى تسليم نفعها ومتى كان على منفعة فى الذمة لم يحصل تسليم المنفعة ولا ما يقوم مقامها فتوقف استحقاق تسليم الاجر على تسليم العمل .

وقولهم لم يملك المنافع قد سبق الجواب عنه : فإن قيل فإن المؤجر اذا قبض الاجر انتفع به كله بخلاف المستأجر فإنه لا يحصل له استيفاء المنفعة كلها ، قلنا لا يمتنع هذا كما لو شرطا التعجيل أو كان الثمن عينا .

فصل

(الحكم السادس : أنه اذا شرط تأجيل الأجر فهو الى أجله ، وان شرطه منجما يوما يوما أو شهرا شهرا أو أقل من ذلك أو أكثر فهو على ما اتفقا عليه لان اجارة العين كبيعها وبيعها يصح بثمن حال أو مؤجل فكذلك اجارتها .

(فصل) واذا استوفى المستأجر المنافع استقر الاجر لانه قبض المعقود عليه فاستقر عليه البدل كما لو قبض المبيع . وان سلمت اليه العين التى وقعت الإجارة عليها ومضت المدة ولا حاجز له عن الانتفاع استقر الاجر ، وان لم ينتفع لأن المعقود عليه تلف تحت يده وهى حقه فاستقر عليه بدلها كثمن المبيع اذا تلف فى يد المشترى ، وان كانت الإجارة على عمل فتسلم المعقود عليه ومضت مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها مثل أن يكترى دابة ليركبها الى حمص فقبضها ومضت مدة يمكن ركوبها فيها ، فقال أصحابنا يستقر عليه الاجر ، وهو مذهب الشافعى لان المنافع تلفت تحت يده بإختياره فاستقر الضمان عليه كما لو تلفت العين فى يد المشترى وكما لو كانت الإجارة على مدة فمضت .

وقال أبو حنيفة : لا يستقر الأجر عليه حتى يستوفى المنفعة لأنه عقد على منفعة غير مؤقتة بزمن فلم يستقر بدلها قبل استيفائها كالاجر للأجير المشترك ، فإن بذل تسليم العين فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدة استقر الاجر عليه لان المنافع تلفت باختياره فى مدة الإجارة فاستقر عليه الاجر كما لو كانت فى يده وان بذل تسليم العين وكانت الإجارة على عمل فقال أصحابنا اذا مضت مدة يمكن الاستيفاء فيها استقر عليه الاجر ، وبهذا قال الشافعى لان المنافع تلفت باختياره .

وقال أبو حنيفة : لا أجر عليه وهو أصح عندى لأنه عقد على ما فى الذمة فلم

يستقر عوضه ببذل التسليم كالمسلم فيه ، ولأنه عقد على منفعة غير مؤقتة بزمن فلم يستقر عوضها بالبذل كالصداق إذا بذلت تسليم نفسها وامتنع الزوج من أخذها ، وإن كان هذا فى إجارة فاسدة ففيها إذا عرضها على المستأجر فلم يأخذها لا أجر عليه لأنها لم تتلف تحت يده ولا فى ملكه ، وإن قبضها ومضت المدة أو مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها أو لا يمكن فعن أحمد روايتان .

أحدهما : عليه أجر المثل لمدة بقائها فى يده وهو قول الشافعى لأن المنافع تلفت تحت يده بعوض لم يسلم له فرجع إلى قيمتها كما لو استوفاها .

والثانية . لا شيء له وهو قول أبى حنيفة لأنه عقد فاسد على منافع لم يستوفها فلم يلزمه عوضها كالنكاح الفاسد وإن استوفى المنفعة فى العقد الفاسد فعليه أجر المثل وبه قال مالك والشافعى ، وقال أبو حنيفة يجب أقل الأمرين من المسمى أو أجر المثل بناء منه على أن المنافع لا تضمن إلا بالعقد .

ولنا أن ما ضمن بالمسمى فى العقد الصحيح وجب ضمانه بجميع القيمة فى الفاسد كالأعيان وما ذكره لا نسلمه والله أعلم .

« مسألة » قال (وإذا وقعت الاجارة على كل شهر بشيء معلوم لم يكن لواحد منهما الفسخ إلا عند تقضى كل شهر)

وجملة ذلك : أنه إذا قال أجرتك هذا كل شهر بدرهم فاختلف أصحابنا فذهب القاضى إلى أن الاجارة صحيحة وهو المنصوص عن أحمد فى رواية ابن منصور واختيار الخرقى إلا أن الشهر الأول تلزم الاجارة فيه بإطلاق العقد لأنه معلوم يلى العقد وله أجر معلوم وما بعده من الشهور يلزم العقد فيه بالتلبس به وهو السكنى فى الدار إن كانت الاجارة على دار لأنه مجهول حال العقد فإذا تلبس به تعين بالدخول فيه فصح بالعقد الأول ، وان لم يتلبس به أو فسخ العقد عند انقضاء الأول انفسخ ، وكذلك حكم كل شهر يأتى وهذا مذهب أبى ثور وأصحاب الرأى وحكى عن مالك نحو هذا إلا أن الاجارة لا تكون لازمة عنده لأن المنافع متقدرة بتقدير الأجر فلا يحتاج إلى ذكر المدة إلا فى اللزوم ، واختار أبو بكر عبد العزيز بن جعفر وأبو عبد الله بن حامد أن العقد باطل وهو قول الثورى

والصحيح من قولى الشافعى لأن كل اسم للعدد فإذا لم يقدره كان مبهما مجهولا فيكون فاسداً كما لو قال أجرتك مدة أو شهراً ، وحمل أبو بكر وابن حامد كلام أحمد فى هذا على أن الاجارة وقعت على أشهر معينة .

ووجه الأول ، أن عليا رضى الله عنه استقى لرجل من اليهود كل دلو بتمرة وجاء به إلى النبي صلى الله عليه وسلم يأكل منه ، قال على كنت أدلو الدلو بتمرة وأشترطها جلدة ، وعن رجل من الأنصار أنه قال ليهودى أسقى نخلك ؟ قال نعم كل دلو بتمرة واشترط الأنصارى أن لا يأخذها خدرة ولا تارزة ولا حشفة ولا يأخذ إلا جلدة فاستقى بنحو من صاعين فجاء به إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، رواهما ابن ماجه فى سننه وهو نظير مسألتنا ، ولأن شروعه فى كل شهر مع ماتقدم فى العقد من الاتفاق على تقدير أجره والرضى ببذله به جرى مجرى ابتداء العقد عليه وصار كالبيع بالمعاطاة إذا جرى من المساومة ما دل على التراضى بها .

فعلى هذا : متى ترك التلبس به فى شهر لم تثبت الاجارة فيه لعدم العقد ، وإن فسخ فكذلك وليس بفسخ فى الحقيقة لأن العقد فى الشهر الثانى ما ثبت ، فأما أبو حنيفة فذهب إلى أنهما إذا تلبسا بالشهر الثانى فقد اتصل القبض بالعقد الفاسد وهو عذر غير صحيح لأن العقد الفاسد فى الأعيان لا يلزم بالقبض ولا يضمن بالمسمى ثم لم يحصل القبض ههنا إلا فيما استوفاه ، وقول مالك لا يصح لأن الاجارة من العقود اللازمة فلا يجوز أن تكون جائزة .

(فصــــل)

اذا قال : أجرتك دارى عشرين شهراً كل شهر بدرهم جاز بغير خلاف نعلمه لأن المدة معلومة وأجرها معلوم وليس لواحد منهما فسخ بحال لأنها مدة واحدة فأشبه مالو قال آجرتك عشرين شهراً بعشرين درهما ، وان قال : آجرتكها شهراً بدرهم وما زاد فبحساب ذلك صح فى الشهر الاول لانه أفرده بالعقد وبطل فى الزائد لأنه مجهول ، ويحتمل أن يصح فى كل شهر تلبس به كما لو قال : أجرتكها كل شهر بدرهم لان معناهما واحد ، ولو قال أجرتكها هذا الشهر بدرهم وكل شهر بعد ذلك بدرهم أو قال بدرهمين صح فى الاول وفيما بعده وجهان .

(فصل) والاجارة عقد لازم من الطرفين ليس لواحد منهما فسخها وبهذا قال

مالك والشافعي وأصحاب الرأي وذلك لانها عقد معاوضة فكان لازما كالبيع ، ولانها نوع من البيع وانما اختصت باسم كما اختص الصرف والسلم باسم وسواء كان له عذر أو لم يكن ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة وأصحابه يجوز للمكترى فسخها لعذر في نفسه مثل أن يكترى جملا ليحج عليه فيمرض فلا يتمكن من الخروج أو تضيع نفقته أو يكترى دكانا للبز فيحترق متاعه وما أشبه هذا لان العذر يتعذر معه استيفاء المنفعة المعقود عليها فملك به الفسخ كما لو استأجر عبداً فأبق .

ولنا أنه عقد لا يجوز فسخه مع استيفاء المنفعة المعقود عليها لغير عذر فلم يجز لعذر في غير المعقود عليه كالبيع ، ولانه لو جاز فسخه لعذر المكترى لجاز لعذر المكرى تسوية بين المتعاقدين ودفعا للضرر عن كل واحد من العاقدين ولم يجز ثم فلا يجوز ههنا ويفارق الاباق فإنه عذر في المعقود عليه .

« مسألة » قال ﴿ ومن استأجر عقاراً مدة بعينها فبدا له قبل تقضيها فقد لزمته الاجرة كاملة ﴾

وجملته أن الاجارة عقد لازم يقتضي تمليك المؤجر الاجر والمستأجر المنافع فإذا فسخ المتسأجر الاجارة قبل انقضاء مدتها وترك الانتفاع اختياراً منه لم تنفسخ الاجارة والاجر لازم له ولم يزل ملكه عن المنافع كما لو اشترى شيئا وقبضه ثم تركه قال الاثرم قلت لابي عبد الله رجل اكترى بعيراً فلما قدم المدينة قال له فاسخني ، قال ليس ذلك له قد لزمه الكراء ، قلت فان مرض المستكرى بالمدينه، فلم يجعل له فسخا ، وذلك لانه عقد لازم بين الطرفين فلم يملك أحد المتعاقدين فسخه وان فسخه لم يسقط العوض الواجب عليه كالبيع .

(فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في اباحة اجارة العقار ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن استئجار المنازل والدواب جائز ولا تجوز اجارتها إلا في مدة معينة معلومة ولا بد من مشاهدته وتحديده فانه لا يصير معلوما الا بذلك ولا يجوز اطلاقه ولا وصفه وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو ثور اذا ضبط بالصفة أجزأ : وقال أصحاب الرأي له خيار الرؤية كقولهم في البيع ويتخرج

لنا مثل ذلك بناء على البيع ، والخلاف ههنا مبنى على الخلاف فى البيع ولم يكتف بالصفة لأنه لا يصير معلوما إلا بالرؤية كما لا يعلم فى البيع إلا بذلك فإن كان داراً أو حماما احتاج إلى مشاهدة البيوت لأن الغرض يختلف بصغرها وكبرها ومرافقها ومشاهدة قدر الحمام ليعلم كبرها من صغرها ومعرفة ماء الحمام إما من قناة أو بئر فإن كان من بئر احتاج الى مشاهدتها ليعلم عمقها ومؤنة استسقاء الماء منها ومشاهدة الأتون ومطرح الرماد وموضع الزبل ومصرف ماء الحمام ، فمتى أخل بهذا أو بعضه لم تصح للجهالة بما يختلف الغرض به .

(فصل) وكره أحمد كراء الحمام وسئل عن كرائه فقال أخشى فقيل له إذا شرط على المكترى أن لا يدخله أحد بغير ازار فقال ومن يضبط هذا ؟ وكأنه لم يعجبه ، قال ابن حامد : هذا على طريق الكراهة تنزيها لا تحريما لأنه تبدو فيه عورات الناس فتحصل الاجارة على فعل محظور فكرهه لذلك فأما العقد فصحيح وهذا قول أكثر أهل العلم .

قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن كراء الحمام جائز اذا حدده وذكر جميع آلته شهوراً مسماة وهذا قول مالك والشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى لأن المكترى انما يأخذ الأجر عوضا عن دخول الحمام والاغتسال بمائه ، وأحوال المسلمين محمولة على السلامة وان وقع من بعضهم فعل ما لا يجوز لم يحرم الاجر المأخوذ منه كما لو اكترى داراً ليسكنها فشرب فيها خمراً .

« مسألة » قال (ولا يتصرف مالك العقار فيه الا عند تقضى المدة)

وجملته أن المستأجر يملك المنافع بالعقد كما يملك المشترى المبيع بالبيع ويزول ملك المؤجر عنها كما يزول ملك البائع عن المبيع فلا يجوز له التصرف فيها لانها صارت مملوكة لغيره كما لا يملك البائع التصرف فى المبيع ، فان تصرف فيها نظرنا فان كان ذلك فى حال بدا للمستأجر قبل تقضى المدة مثل أن يكترى دارا سنة فيسكنها شهراً ويتركها فيسكنها المالك بقية السنة أو يؤجرها لغيره احتمل أن ينفسخ العقد فيما استوفاه المالك لانه يتصرف فيه قبل قبض المكترى له فأشبه ما لو تلف المكيل قبل تسليمه وسلم باقيه ، فعلى هذا ان تصرف المالك فى بعض

المدة دون بعض انفسخ العقد فى قدر ما تصرف فيه دون ما لم يتصرف فيه ويكون على المستأجر ما بقى : فلو سكن المستأجر شهرا وتركها شهرا وسكن المالك عشرة أشهر لزم المستأجر أجر شهرين وإن سكنها شهرا وسكن المالك شهرين ثم تركها فعلى المستأجر أجر عشرة أشهر ويحتمل أن يلزم المستأجر أجر جميع المدة وله على المالك أجر المثل لما سكن أو تصرف فيه بقسط ذلك مما على المستأجر من الأجر ويلزمه الباقى لأنه تصرف فيما ملكه المستأجر عليه بغير إذنه فأشبه ما لو تصرف فى المبيع بعد قبض المشترى له وقبض الدار ههنا قام مقام قبض المنافع بدليل أنه يملك التصرف فى المنافع بالسكنى والاجارة وغيرها . فعلى هذا لو كان أجر المثل الواجب على المالك بقدر المسمى فى العقد لم يجب على المستأجر شىء وإن فضلت منه فضلة لزم المالك أداؤها إلى المستأجر والأول أولى وهو ظاهر مذهب الشافعى ، وإن تصرف المالك قبل تسلم العين أو امتنع من تسليمها حتى انقضت مدة الاجارة انفسخت الاجارة وجهاً واحداً لأن العاقد قد أتلف المعقود عليه قبل تسليمه فانفسخ العقد كما لو باعه طعاما فأتلفه قبل تسليمه ، وإن سلمها إليه فى أثناء المدة انفسخت فيما مضى ويجب أجر الباقى بالحصة كالمبيع إذا سلم بعضه وأتلف بعضا .

« مسألة » قال (فإن حوله المالك قبل تقضى المدة لم يكن له أجرة لما سكن)

يعنى اذا استأجر عقارا مدة فسكنه بعض المدة ثم أخرجه المالك ومنعه تمام السكنى فلا شىء له من الأجرة ، وقال أكثر الفقهاء له أجر ما سكن لأنه استوفى ملك غيره على سبيل المعاوضة فلزمه عوضه كالمبيع اذا استوفى بعضه ومنعه المالك بقيته كما لو تعذر استيفاء الباقى لأمر غالب .

ولنا أنه لم يسلم اليه ما عقد الاجارة عليه فلم يستحق شيئاً كما لو استأجره ليحمل كتابا فحمله بعض الطريق أو استأجره ليحفر له عشرين ذراعا فحفر له عشرا وامتنع من حفر الباقى ، وقياس الاجارة على الاجارة أولى من قياسها على البيع ، ويفارق ما اذا امتنع لأمر غالب لان له عذرا ، والحكم فيمن اكترى دابة فامتنع المكرى من تسليمها فى بعض المدة أو آجر نفسه أو عبده للخدمة مدة وامتنع من اتمامها أو أجر نفسه لبناء حائط أو خياطة أو حفر بئر أو حمل شىء الى

مكان وامتنع من إتمام العمل ، كالحكم فى العقار يمتنع من تسليمه ، وأنه لا يستحق شيئا لما ذكرنا .

(فصل إذا هرب الأجير أو شردت الدابة أو أخذ المؤجر العين وهرب بها أو منعه استيفاء المنفعة منها من غير هرب لم تنفسخ الإجارة ، لكن يثبت للمستأجر خيار الفسخ ، فإن فسخ فلا كلام ، وإن لم يفسخ انفسخت الاجارة بمضى المدة يوما فيوما : فإن عادت العين فى أثناء المدة استوفى ما بقى منها ، فإن انقضت المدة انفسخت الاجارة لفوات المعقود عليه ، وإن كانت الاجارة على موصوف فى الذمة كخياطة ثوب أو بناء حائط أو حمل إلى موضع معين استؤجر من ماله من يعمله ، كما لو أسلم اليه فى شىء فهرب ابتيع من ماله ، فإن لم يمكن ثبت للمستأجر الفسخ ، فإن فسخ فلا كلام ؛ وان لم يفسخ وصبر الى أن يقدر عليه فله مطالبته بالعمل ، لأن ما فى الذمة لا يفوت بهربه ؛ وكل موضع امتنع الأجير من العمل فيه أو منع المؤجر المستأجر من الانتفاع إذا كان بعد عمل البعض فلا أجر له فيه على ما سبق إلا أن يرد العين قبل انقضاء المدة ، أو يتم العمل ان لم يكن على مدة قبل فسخ المستأجر فيكون له أجر ما عمل . فأما ان شردت الدابة أو تعذر استيفاء المنفعة بغير فعل المؤجر فله من الأجر بقدر ما استوفى بكل حال

« مسألة » قال فإن جاء أمر غالب يحجز المستأجر عن منفعة ما وقع عليه العقد لزمه من الأجر بمقدار مدة انتفاعه)

وجملته أن من استأجر عينا مدة فحيل بينه وبين الانتفاع بها لم يخل من أقسام ثلاثة : أحدها أن تتلف العين كدابة تنفق أو عبد يموت ، فذلك على ثلاثة أضرب أحدها أن تتلف قبل قبضها ، فإن الاجارة تنفسخ بغير خلاف نعلمه ؛ لأن المعقود عليه تلف قبل قبضه ؛ فأشبه ما لو تلف الطعام المبيع قبل قبضه . والثانى أن تتلف عقيب قبضها ، فإن الاجارة تنفسخ أيضا ويسقط الأجر فى قول عامة الفقهاء ، إلا أبا ثور حكى عنه أنه قال يستقر الأجر ، لأن المعقود عليه أتلف بعد قبضه أشبه المبيع ؛ وهذا غلط . لأن المعقود عليه المنافع وقبضها باستيفائها أو التمكن من استيفائها ولم يحصل ذلك ، فأشبه تلفها قبل قبض العين

الثالث : أن تتلف بعد مضى شىء من المدة ، فإن الاجارة تنفسخ فيما بقى من المدة دون ما مضى ويكون للمؤجر من الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة

قال أحمد فى رواية ابراهيم بن الحارث : إذا اكترى بعيراً بعينه فنفق البعير يعطيه بحساب ما ركب ، وذلك لما ذكرنا من أن المعقود عليه المنافع وقد تلف بعضها قبل قبضه فبطل العقد فيما تلف دون ماقبض ،كما لو اشترى صبرتين فقبض إحداهما وتلفت الاخرى قبل قبضها

ثم ننظر فإن كان أجر المدة متساويا فعليه بقدر ما مضى إن كان قد مضى النصف فعليه نصف الأجر ، وان كان قد مضى الثلث فعليه الثلث ،كما يقسم الثمن على المبيع المتساوى

وإن كان مختلفا كدار أجرها فى الشتاء أكثر من أجرها فى الصيف وأرض أجرها فى الصيف أكثر من الشتاء أو دار لها موسم كدور مكة رجع فى تقويمه الى أهل الخبرة ويقسط الاجر المسمى على حسب قيمة المنفعة ، كقسمة الثمن على الأعيان المختلفة فى البيع ، وكذلك لو كان الأجر على قطع مسافة ، كبعير استأجره على حمل شىء الى مكان معين ، وكانت متساوية الأجزاء أو مختلفة . وهذا ظاهر مذهب الشافعى .

(فصل)

القسم الثانى : أن يحدث على العين ما يمنع نفعها ، كدار انهدمت وأرض غرقت أو انقطع ماؤها فهذه ينظر فيها ، فإن لم يبق فيها نفع أصلا فهى كالتالفة سواء ، وان بقى فيها نفع غير ما استأجرها له ، مثل ان يمكن الانتفاع بعرصة الدار والأرض لوضع حطب فيها ، أو نصب خيمة فى الارض التى استأجرها للزرع أو صيد السمك من الارض التى غرقت انفسخت الاجارة أيضا ، لان المنفعة التى وقع عليهاالعقد تلفت فانفسخت الاجارة ،كما لو استأجر دابة ليركبها فزمنت بحيث لا تصلح الا لتدور فى الرحى .

وقال القاضى فى الارض التى ينقطع ماؤها . لا تنفسخ الاجارة فيها ، وهو منصوص الشافعى ، لان المنفعة لم تبطل جملة ، لانه يمكن الانتفاع بعرصة الارض بنصب خيمة أو جمع حطب فيها، فأشبه ما لو نقص نفعها مع بقائه ، فعلى هذا يخير

المستأجر بين الفسخ والامضاء : فإن فسخ فحكمه حكم العبد إذا مات ، وان اختار امضاء العقد فعليه جميع الاجر لان ذلك عيب ، فإذا رضى به سقط حكمه ، فإن لم يختر الفسخ ولا الامضاء ، اما لجهله بأن له الفسخ أو لغير ذلك فله الفسخ بعد ذلك والاول أصح لان بقاء غير المعقود عليه لا يمنع انفساخ العقد بتلف المعقود عليه كما فى البيع ، ولو كان النفع الباقى فى الاعيان مما لا يباح استيفاؤه بالعقد ، كدابة استأجرها للركوب فصارت لا تصلح الا للحمل أو بالعكس انفسخ العقد وجها واحداً ، لان المنفعة الباقية لا يملك استيفاؤها مع سلامتها فلا يملكها مع تعيبها كبيعها . وأما ان أمكن الانتفاع بالعين فيما اكتراها له على نعت من القصور ، مثل أن يمكنه زرع الارض بغير ماء ، أو كان الماء ينحسر عن الارض التى غرقت على وجه يمنع بعض الزراعة أو يسوء الزرع ، أو كان يمكنه سكنى ساحة الدار ، اما فى خيمة أو غيرها لم تنفسخ الاجارة ، لان المنفعة المعقود عليها لم تزل بالكلية فأشبه ما لو تعيبت ، والمستأجر خيار الفسخ على ما ذكرنا ، الا فى الدار اذا انهدمت فإن فيها وجهين :

أحدهما لا تنفسخ الاجارة . والثانى تنفسخ . لانه زال اسمها بهدمها وذهبت المنفعة التى تقصد منها ، ولذلك لا يستأجر أحد عرصة داراً ليسكنها ، فأما ان كان الحادث فى العين لا يضرها ، كغرق الارض بماء ينحسر فى قرب من الزمان لايمنع الزرع ولا يضره ، وانقطاع الماء عنها اذا ساق المؤجر اليها ماء من مكان آخر أو كان انقطاعه فى زمن لا يحتاج اليه فيه فليس المستأجر الفسخ ، لان هذا ليس بعيب ، وان حدث الغرق المضر أو انقطاع الماء أو انهدم بعض العين المستأجرة فلذلك البعض حكم نفسه فى الفسخ أو ثبوت الخيار ، وللمكترى الخيار فى تبقية العين لان الصفقة تبعضت عليه ، فإن اختار الامساك أمسك بالحصة من الاجر ، كما اذا تلف أحد القفيزين من الطعام فى يد البائع .

(فصل) القسم الثالث : أن تغصب العين المستأجرة فللمستأجر الفسخ ، لان فيه تأخير حقه ، فإن فسخ فالحكم فيه كما لو انفسخ العقد بتلف العين سواء ، وان لم يفسخ حتى انقضت مدة الاجارة فله الخيار بين الفسخ والرجوع بالمسمى ، وبين البقاء على العقد ومطالبة الغاصب بأجر المثل ، لأن المعقود عليه لم يفت

مطلقا بل الى بدل وهو القيمة فأشبه ما لو أتلف الثمرة المبيعة آدمى قبـــل قطعها ويتخرج انفساخ العقد بكل حال على الرواية التى تقول إن منافع الغصب لاتضمن وهو قول أصحاب الرأى ولأصحاب الشافعى فى ذلك اختلاف .

وان زادت العين فى أثناء المدة ولم يكن فسخ استوفى ما بقى منها ويكون فيما مضى من المدة مخيرا كما ذكرنا ، وان كانت الاجارة على عمل كخياطة ثوب أو حمل شىء إلى موضع معين فغصب جمله الذى يحمل عليه وعبده الذى يخيط له لم ينفسخ العقد وللمستأجر مطالبة الأجير بعوض المغصوب وإقامة من يعمل العمل لأن العقد على مافى الذمة كما لو وجد بالمسلم فيه عيباً فرده فإن تعذر البدل ثبت للمستأجر الخيار بين الفسخ أو الصبر الى أن يقدر على العين المغصوبة فيستوفى منها

فصل

القسم الرابع : أن يتعذر استيفاء المنفعة من العين بفعل صدر منها مثل أن يأبق العبد أو تشرد الدابة ، وقد ذكرنا حكم ذلك فيما قبل هذا .

(فصل) القسم الخامس : أن يحدث خوف عام يمنع من سكنى ذلك المكان الذى فيه العين المستأجرة أو تحصر البلد فيمتنع الخروج الى الأرض المستأجرة للزرع ونحو ذلك فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ لأنه أمر غالب يمنع المستأجر استيفاء المنفعة فأثبت الخيار كغصب العين .

ولو استأجر دابة ليركبها أو يحمل عليها الى مكان معين فانقطعت الطريق اليه لخوف حادث أو اكترى الى مكة فلم يحج النـــاس ذلك العام من تلك الطريق فلكل واحد منهما فسخ الاجارة ، وان أحب إبقاءها الى حين امكان استيفاء المنفعة جاز لأن الحق لهما لا يعدوهما .

فأما إن كان الخوف خاصا بالمستأجر مثل أن يخاف وحده لقرب أعدائه من الموضع المستأجر أو حلولهم فى طريقه لم يملك الفسخ لأنه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية فأشبه مرضه ، وكذلك لو حبس أو مرض أو ضاعت نفقته أو تلف متاعه لم يملك فسخ الاجارة لذلك لأنه ترك استيفاء المنافع لمعنى من جهته فلم يمنع ذلك وجوب أجرها عليه كما لو تركها اختيارا .

(فصل) وإذا اكترى عينا فوجد بها عيبا لم يكن علم به فله فسخ العقد بغير

خلاف نعلمه ، قال ابن المنذر إذا اكترى دابة بعينها فوجدها جموحا أو عضوضا أو نفوراً أو بها عيب غير ذلك مما يفسد ركوبها فللمكترى الخيار إن شاء ردها وفسخ الاجارة وان شاء أخذها ، وهذا قول أبي ثور وأصحاب الرأى ، ولأنه عيب فى المعقود عليه فأثبت الخيار كالعيب فى بيوع الأعيان ، والعيب الذى يرد به ما تنقص به قيمة المنفعة كتعثر الظهر فى المشى والعرج الذى يتأخر به عن القافلة وربض البهيمة بالحمل وكونها جموحة أو عضوضة أو أشباه ذلك ، وفى المكترى للخدمة ضعف البصر والجنون والجذام والبرص ، وفى الدار انهدام الحائط والخوف من سقوطها وانقطاع المـــاء من بئرها أو تغيره بحيث يمتنع الشرب والوضوء وأشباه ذلك من النقائص .

ومتى حدث شيء من هذه العيوب بعد العقد ثبت للمكترى خيار الفسخ لأن المنافع لا يحصل قبضها إلا شيئا فشيئا ، فإذا حدث العيب فقد وجد مثل قبض الباقى من المعقود عليه فأثبت الفسخ فيما بقى منها ومتى فسخ فالحكم فيه كما لو انفسخ العقد بتلف العين ، وان رضى المقام ولم يفسخ لزمه جميع العوض لأنه رضى به ناقصا فأشبه ما لو رضى بالمبيع معيبا .

وان اختلفا فى الموجود هل هو عيب أو لا ؟ رجع فيه الى أهل الخبرة ، فإن قالوا ليس بعيب مثل أن تكون الدابة خشنة المشى أو أنها تتعب راكبها لكونها لا تركب كثيراً فليس له فسخ وان قالوا هو عيب فله الفسخ ، هذا إذا كان العقد يتعلق بعينها ، فأما ان كانت موصوفة فى الذمة لم ينفسخ العقد وعلى المكرى إبدالها لأن العقد لم يتعلق بعينها أشبه المسلم فيه إذا سلمه على غير صفته فإن عجز عن إبدالها أو امتنع منه ولم يمكن إجباره عليه فللمكترى الفسخ أيضا .

﴿ فصـــل ﴾

وعلى المكرى ما يتمكن به من الانتفاع كتسليم مفاتيح الدار والحمام ، لأن عليه التمـــكين من الانتفاع وتسليم مفاتيحها تمكين من الانتفاع فوجب عليه ، فان ضاعت بغير تفريط من المكترى فعلى المكرى بدلها لانها أمانة فى يد المكترى فأشبه ذلك حيطـان الدار وأبوابها ، وعليه بناء حائط إن سقط وإبدال خشبه إن انكسر ، وعليه تبليط الحمام وعمل الأبواب والبزل ومجرى الماء لأن بذلك

يتمكن من الانتفاع وما كان لاستيفاء المنافع كالحبل والدلو والبكرة فعلى المكترى ، وأما التحسين والتزويق فلا يلزم واحدا منهما لأن الانتفاع ممكن بدونه وأما تنقية البالوعة والكنف فإن احتيج إلى ذلك عند الكراء فعلى المكرى لأن ذلك مما يتمكن به من الانتفاع ، وإن امتلأت بفعل المكترى فعليه تفريغها وهذا قول الشافعي ، وقال أبو ثور هو على رب الدار لأن به يتمكن من الانتفاع فأشبه ما لو اكترى وهى ملأى ، وقال أبو حنيفة القياس أنه على المكترى والاستحسان أنه على رب الدار ، لأن عادة الناس ذلك .

ولنا أن ذلك حصل بفعل المكترى فكان عليه تنظيفه كما لو طرح فيها قماشا والقول فى تفريغ جية الحمام التى هى مصرف الماء كالقول فى بالوعة الدار . وإن انقضت الإجارة وفى الدار زبل أو قمامة من فعل الساكن فعليه نقله وهذا قول الشافعي وأبى ثور وأصحاب الرأى .

(فصل) وإن شرط على مكترى الحمام ، أو غيره أن مدة تعطيله عليه لم يجز لأنه لا يجوز أن يؤجر مدة لا يمكن الانتفاع فى بعضها ولا يجوز أن يشترط أنه يستوفى بقدرها بعد انقضاء مدته لأنه يؤدى إلى أن يكون انتهاء مدة الاجارة مجهولا فإن أطلق وتعطل فهو عيب حادث والمكترى بالخيار بين الامساك بكل الأجر وبين الفسخ ، ويتخرج أن له أرش العيب قياساً على المبيع المعيب ، وإن لم يعلم بالعيب حتى انقضت مدة الإجارة فعليه الأجر كله لأنه استوفى المعقود عليه فأشبه ما لو علم العيب بعد العقد فرضيه ، ويتخرج أن له أرش العيب كما لو اشترى معيباً فلم يعلم عيبه حتى أكله أو تلف فى يده .

(فصل) وإن شرط الانفاق على العين النفقة الواجبة على المكرى كعمارة الحمام إذا شرطها على المكترى فالشرط فاسد لأن العين ملك للمؤجر فنفقتها عليه ، وإذا أنفق بناء على هذا احتسب به على المكرى لأنه أنفقه على ملكه بشرط العوض ، فإن اختلفا فى قدر ما أنفق فالقول قول المكرى لأنه منكر ، فإن لم يشترط لكن أذن له فى الانفاق ليحتسب له من الاجر ففعل ثم اختلفا فالقول قول المكرى أيضاً ، وإن أنفق من غير إذنه لم يرجع بشيء لانه أنفق على ماله بغير اذنه نفقة غير واجبة على المالك فأشبه ما لو عمر داراً له أخرى .

« مسألة » قال (ومن استؤجر لعمل شيء بعينه فمرض أقيم مقامه من يعمله والاجرة على المريض)

وجملة ذلك أنه يجوز استئجار الآدمي بغير خلاف بين أهل العلم وقد آجر موسى عليه السلام نفسه لرعاية الغنم واستأجر النبي صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رجلا ليدلهما على الطريق وذكر النبي صلى الله عليه وسلم رجلا استأجر أجراء كل أجير بفرق من ذرة وقال « انما مثلكم ومثل أهل الكتاب كمثل رجل استأجر أجراء فقال من يعمل لى من غدوة الى نصف النهار على قيراط قيراط ؟ فعملت اليهود ، ثم قال من يعمل لى من نصف النهار الى العصر على قيراط قيراط ؟ فعملت النصارى ، ثم قال من يعمل لى من العصر الى غروب الشمس على قيراطين قيراطين ؟ فعملتم أنتم فغضبت اليهود والنصارى وقالوا نحن أكثر عملا وأقل أجرا فقال هل ظلمتكم من أجركم شيئا ؟ قالوا : لا ، قال : فإنما هو فضلى أوتيه من أشاء » ولانه يجوز الانتفاع به مع بقاء عينه فجازت اجارته كالدور . ثم اجارته تقع على ضربين .

أحدهما : استئجاره مدة بعينها لعمل بعينه كإجارة موسى عليه السلام نفسه ثماني حجج واستئجار الاجراء المذكورين فى الخبر .

والثانى . استئجاره على عمل معين فى الذمة كاستئجار النبي (ص) وأبى بكر دليلا يدلهما على الطريق واستئجار رجل لخياطة قميص أو بناء حائط ، ويتنوع ذلك نوعين .

أحدهما : أن تقع الإجارة على عين كإجارة عبده لرعاية غنمه أو ولده لعمل معين .

والثانى أن تقع على عمل فى الذمة كخياطة قميص وبناء حائط فمتى كانت على عمل فى ذمته فمرض وجب عليه أن يقيم مقامه من يعمله لانه حق وجب فى ذمته فوجب عليه ايفاؤه كالمسلم فيه ولا يجب على المستأجر إنظاره لان العقد باطلاقه يقتضى التعجيل ، وفى التأخير اضرار به ، فأما ان كانت الإجارة على عبده فى مدة أو غيرها فمرض لم يقم غيره مقامه لان الإجارة وقعت على عمله بعينه لا على شيء فى ذمته ، وعمل غيره ليس معقود عليه وانما وقع العقد على معين فأشبه ما لو اشترى

معيناً لم يجز أن يدفع اليه غيره ولا يبدله بخلاف مالو وقع فى الذمة فإنه يجوز ابدال المعيب ، ولا ينفسخ العقد بتلف ما تسلمه والمبيع المعين بخلافه ، فكذلك الاجارة وان كانت الاجارة على عمل فى الذمة لكنه لا يقوم غير الاجير مقامه كالنسخ فإنه يختلف القصد فيه باختلاف الخطوط لم يكلف اقامة غيره مقامه ولا يلزم المستأجر قبول ذلك ان بذله الاجير ، لان الغرض لا يحصل من غير الناسخ كحصوله منه فأشبه مالو أسلم اليه فى نوع فسلم اليه غيره وهكذا كل ما يختلف باختلاف الاعيان .

(فصل) يجوز الاستئجار لحفر الآبار والانهار والقنى لانها منفعة معلومة يجوز أن يتطوع بها الرجل على غيره فجاز عقد الاجارة عليه كالخدمة . ولا بد من تقدير العمل بمدة أو عمل معين فان قيده بمدة نحو أن يقول استأجرتك شهراً لتحفر لى بئراً أو نهراً لم يحتج الى معرفة القدر ، وعليه أن يحفر ذلك الشهر قليلا حفر أو كثيراً ، ويحتاج الى معرفة الارض التى يحفر فيها ، وقال بعض أصحابنا : لا يحتاج الى معرفتها ، لان الغرض لا يختلف بذلك . والاول أولى ان شاء الله ، لان الارض قد تكون صلبة فيكون الحفر عليه شاقا ، وقد تكون سهلة فيسهل ذلك عليه ، وان قدره بالعمل فلا بد من معرفة الموضع بالمشاهدة لان المواضع تختلف بالسهولة والصلابة ، ولا ينضبط ذلك بالصفة . ويعرف دور البئر وعمقها وطول النهر وعمقه وعرضه ، لان العمل يختلف بذلك فإذا حفر بئراً فعليه شيل التراب لانه لا يمكنه الحفر الا بذلك فقد تضمنه العقد فان تهور تراب من جانبيها أو سقطت فيه بهيمة أو نحو ذلك لم يلزمه شيله ، وكان على صاحب البئر لانه سقط فيها من ملكه ولم يتضمن عقد الاجارة رفعه . وان وصل الى صخرة أو جماد يمنع الحفر لم يلزمه حفره لان ذلك مخالف لما شاهده من الارض ، وانما اعتبرت مشاهدة الارض لانها تختلف ، فاذا ظهر فيها ما يخالف المشاهدة كان له الخيار فى الفسخ واذا فسخ كان له من الاجر بحصة ما عمل فيقسط الاجر على ما بقى وما عمل . فيقال كم أجر ما عمل ؟ وكم أجر ما بقى ؟ ويقسط الاجر المسمى عليهما ، ولا يجوز تقسيطه على عدد الاذرع لان أعلى البئر يسهل نقل التراب منه وأسفله يشق ذلك فيه ، وان نبع ما يمنعه من الحفر فهو بمنزلة الصخرة على ما ذكرنا .

فصل

ويجوز الاستئجار لضرب اللبن لما ذكرنا ، ويكون على مدة أو عمل ، فإن قدره بالعمل احتاج الى تبيين عدده . وذكر قالبه وموضع الضرب ، لأن الأجر يختلف باختلافه لكون التراب فى بعض الأماكن أسهل والماء أقرب ، فإن كان هناك قالب معروف لا يختلف جاز ، كما إذا كان المكيال معروفا ، وإن قدره بالطول والعرض والسمك جاز ، ولا يكتفى بمشاهدة قالب الضرب إذا لم يكن معروفا لأن فيه غرراً ، وقد يتلف القالب ولا يصح ، كما لو أسلم فى مكيال بعينه .

(فصل) ويجوز الاستئجار للبناء وتقديره بالزمان أو العمل، فإن قدره بالعمل فلا بد من معرفة موضعه ، لأنه يختلف أيضا بقرب الماء وسهولة التراب ، ولا بد من ذكر طوله وعرضه وسمكه ، وآلة البناء من لبن وطين أو حجر وطين أو شيد وآجر أو غير ذلك .

قال ابن أبي موسى . وإذا استأجره لبناء ألف لبنة فى حائطه أو استأجره يبنى له فيه يوما فعمل ما استأجره عليه ثم سقط الحائط فله أجره لأنه وفى العمل ، وان قال : ارفع لى هذا الحائط عشرة أذرع فرفع بعضه ثم سقط ، فعليه إعادة ما سقط وإتمام ما وقعت عليه الإجارة من الاذرع ، وهذا اذا لم يكن سقوطه فى الأول لأمر من جهة العامل . فأما ان فرط أو بناه محلولا أو نحو ذلك فسقط فعليه إعادته وغرامة ما تلف منه

(فصل ويجوز الاستئجار لتطيين السطوح والحيطان وتجصيصها ولا يجوز على عمل معين لأن الطين يختلف فمنه رقيق وثخين وأرض السطح تختلف فمنها العالى ومنها النازل وكذلك الحيطان ، فلذلك لم يجز إلا على مدة

(فصل ويجوز استئجار ناسخ لينسخ له كتب فقه أو حديث أو شعراً مباحا أو سجلات ، نص عليه فى رواية مثنى بن جامع ، وسأله عن كتابة الحديث بالأجر فلم ير به بأسا ، ولا بد من التقدير بالمدة أو العمل ، فإن قدره بالعمل ذكر عدد الأوراق وقدرها وعدد السطور فى كل ورقة وقدر الحواشى ودقة القلم وغلظه ، فإن عرف الخط بالمشاهدة جاز ، وان أمكن ضبطه بالصفة ضبطه وإلا فلا بد من مشاهدته لأن الأجر يختلف باختلافه ، ويجوز تقدير الأجر بأجزاء الفرع

ويجوز بأجزاء الأصل المنسوخ منه ، وإن قاطعه على نسخ الأصل بأجر واحد جاز ، وإذا أخطأ بالشيء اليسير الذى جرت العادة به عفى عنه ، لأن ذلك لا يمكن التحرز منه ، وإن أسرف فى الغلط بحيث يخرج عن العادة فهو عيب يرد به : قال ابن عقيل : وليس له محادثة غيره حالة النسخ ولا التشاغل بما يشغل سره ويوجب غلطه ، ولا لغيره تحديثه وشغله ، وكذلك كل الأعمال التى تختل بشغل السر والقلب كالقصارة والنساجة ونحوهما .

(فصل) ويجوز أن يستأجر من يكتب له مصحفا فى قول أكثر أهل العلم . وروى ذلك عن جابر بن زيد ومالك بن دينار . وبه قال أبو حنيفة والشافعى ، وأبو ثور وابن المنذر .

وقال ابن سيرين : لا بأس أن يستأجر الرجل شهراً ثم يستكتبه مصحفا ، وكره علقمة كتابة المصحف بالأجر . ولعله يرى أن ذلك مما يختص فاعله بكونه من أهل القربة فكره الأجر عليه كالصلاة .

ولنا أنه فعل مباح يجوز أن ينوب فيه الغير عن الغير فجاز أخذ الأجر عليه ككتابة الحديث ، وقد جاء فى الخبر « أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله »

فصل

ويجوز أن يستأجر لحصاد زرعه ، ولا نعلم فيه خلافا بين أهل العلم : وكان ابراهيم بن أدهم يؤجر نفسه لحصاد الزرع ، ويجوز أن يقدره بمدة وبعمل معين ، مثل أن يقاطعه على حصاد زرع معين ، ويجوز أن يستأجر رجلا لسقى زرعه وتنقيته ودياسه ونقله الى موضع معين ، ويجوز أن يستأجر رجلا ليحتطب له ، لأنه عمل مباح تدخله النيابة أشبه حصاد الزرع

قال أحمد فى رجل استأجر أجيراً على أن يحتطب له على حمارين كل يوم ، فكان الرجل ينقل عليهما وعلى حمير لرجل آخر ويأخذ منه الأجرة ، فإن كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة، فظاهر هذا أن المستأجر يرجع على الأجير بقيمة ما استضر باشتغاله عن عمله لأنه قال : ان كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة فاعتبر الضرر ، وظاهر هذا أنه اذا لم يستضر لا يرجع بشيء لأنه اكتراه لعمل فوفاه على التمام فلم يلزمه شيء ، كما لو استأجره لعمل فكان يقرأ القرآن فى

حال عمله ، فإن ضر المستأجر يرجع عليه بقيمة ما فوت عليه ، ويحتمل أنه أراد انه يرجع عليه بقيمة ما عمله لغيره . لأنه صرف منافعه المعقود عليها الى عمل غير المستأجر فكان عليه قيمتها . كما لو عمل لنفسه . وقال القاضي معناه أنه يرجع عليه بالأجر الذي أخذه من الآخر، لأن منافعه فى هذه المدة مملوكة لغيره ، فما حصل فى مقابلتها يكون للذى استأجره

(فصل) ويجوز الاستئجار لاستيفاء القصاص فى النفس فما دونها ، وبه قال مالك والشافعى وأبو ثور . وقال أبو حنيفة : لا يجوز فى النفس ، لأن عدد الضربات تختلف . وموضع الضربات غير متعين ، إذ يمكن أن يضرب مما يلى الرأس ومما يلى الكتف فكان مجهولا

ولنا أنه حق يجوز التوكيل فى استيفائه لا يختص فاعله بكونه من أهل القربة فجاز الاستئجار عليه كالقصاص فى الطرف ، وقوله إن عدد الضربات يختلف وهو مجهول يبطل بخياطة الثوب ، فإن عدد الغرزات مجهول : وقوله ان محله غير متعين ، قلنا هو متقارب فلا يمنع ذلك صحته ، كموضع الخياطة من حاشية الثوب والاجر على المقتص منه ، وبهذا قال الشافعى وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة ومالك هو على المستوفى لأنه غير متعين فليس على المقتص منه الا التمكين كما لو اشترى ثمرة نخله

ولنا انه أجر يجب لإيفاء حق . فكان على الموفى كأجر الكيال والوزان وما ذكروه غير صحيح ، فان القطع مستحق عليه بخلاف الثمرة ، بدليل أنه لو مكنه من القطع فلم يقطع وقطعه آخر لم يسقط حق صاحب القصاص ، ولو كان التمكين تسليما لسقط حقه كالثمرة

فصل

ويجوز استئجار رجل ليدله على طريق ، فان النبي (ص) وأبا بكر استأجرا عبد الله بن أريقط هاديا خريتا ، وهو الماهر بالهداية ، ليدلهما على طريق المدينه ، ويجوز استئجار كيال ووزان لعمل معلوم أو فى مدة معلومة ، وبهذا قال مالك والثورى والشافعى وأصحاب الرأى ولا نعلم فيه مخالفا

وقد روى فى حديث سويد بن قيس : أتانا رسول الله (ص) فاشترى منا رجل سراويل وثم رجل يزن بأجر، فقال رسول الله (ص) «زن وأرجح» رواه أبو داود

ويجوز استئجار رجل ليلازم غريماً يستحق ملازمته ، وسئل أحمد عن ذلك فقال : لا بأس قد شغله ، وقال فى موضع آخر : غير هذا أعجب الى : كرهه لأنه يؤول الى الخصومة وفيه تضييق على مسلم ولا يأمن أن يكون ظالماً فيساعده على ظلمه لكنه جائز فى الجملة لأن الظاهر أنه محق فإن الظاهر أن الحاكم لا يحكم إلا بحق ولهذا أجزنا للموكل فعله .

(فصـــل)

ويجوز أن يستأجر سمساراً يشترى له ثيابا ورخص فيه ابن سيرين وعطاء والنخعي وكرهه الثورى وحماد .

ولنا أنها منفعة مباحة تجوز النيابة فيها فجاز الاستئجار عليها كالبناء ويجوز على مدة معلومة مثل أن يستأجر عشرة أيام يشترى له فيها لأن المـــدة معلومة والعمل معلوم أشبه الخيـاط والقصار . فإن عين العمل دون الزمان فجعل له من كل ألفـــ درهم شيئا معلوما صح أيضا . وإن قال : كلما اشتريت ثوبا فلك درهم أجراً وكانت الثياب معلومه بصفة أو مقدرة بثمن جاز . وان لم يكن كذلك فظاهر كلام أحمد أنه لا يجوز لأن الثياب تختلف باختلاف أثمانها والأجر يختلف باختلافها فإن اشترى فله أجر مثله ، وهذا قول أبي ثور وابن المنذر لأنه عمل عملا بعوض لم يسلم له فكان له أجر المثل كسائر الإجارات الفاسدة .

(فصـــل) وإن استأجر ليبيع له ثيابا بعينها صح . وبه قال الشافعي : وقال أبو حنيفة لا يصح ، لأن ذلك يتعذر عليه فأشبه ضراب الفحل وحمل الحجر الكبير

ولنا أنه عمل مباح تجوز النيابة فيه وهو معلوم فجاز الاستئجار عليه كشراء الثياب ، ولأنه يجوز عقد الإجارة عليه مقدراً بزمن فجاز مقدراً بالعمل كالخياطة وقولهم . إنه غير ممكن لا يصح ، فان الثياب لا تنفك عن راغب فيها ولذلك صحت المضاربة ، ولا تكون الا بالبيع والشراء بخلاف ماقاسوا عليه ، فانه متعذر وان استأجره على شراء ثياب معينة : احتمل أن لا يصح لأن ذلك لا يكون إلا من واحد ، وقد لا يبيع فيتعذر تحصيل العمل بحكم الظاهر بخـــلاف البيع ، وان استأجره فى البيع لرجل بعينه فهو كما لو استأجره لشراء ثياب بعينها ، ويحتمل أن

يصح لأنه ممكن فى الجملة فان حصل من ذلك شيء، استحق الاجر وإلا بطلت الإجارة كما لو لم يعين البائع ولا المشترى .

(فصل) ويجوز أن يستأجر لخدمته من يخدمه كل شهر بشيء معلوم وسواء كان الاجير رجلا أو امرأة حراً أو عبداً وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى وأبو ثور لأنه تجوز النيابة فيه ولا يختص عامله بكونه من أهل القربة ، قال أحمد : أجير المشاهرة يشهد الاعياد والجمعة ولا يشترط ذلك ، قيل له فيتطوع بالركعتين ؟ قال مالم يضر بصاحبه إنما أباح له ذلك لان أوقات الصلاة مستثناة من الخدمة ولهذا وقعت مستثناة فى حق المعتكف بترك معتكفه لها .

وقال ابن المبارك لا بأس أن يصلي الاجير ركعات السنة ، وقال أبو ثور وابن المنذر ليس له منعه منها ، وقال أحمد يجوز للرجل أن يستأجر الامة والحرة للخدمة ولكن يصرف وجهه عن النظر ليست الامة مثل الحرة ولا يخلو معها فى بيت ولا ينظر اليها متجردة ولا الى شعرها إنما قال ذلك لان حكم النظر بعد الاجارة كحكمه قبلها : وفرق بين الامة والحرة لانهما يختلفان قبل الاجارة فكذلك بعدها

« مسألة » قال (وإذا مات المكرى والمكترى أو أحدهما فالاجارة بحالها)

هذا قول مالك والشافعى وإسحاق والبتى وأبي ثور وابن المنذر ، وقال الثورى وأصحاب الرأى والليث تنفسخ الاجارة بموت أحدهما لان استيفاء المنفعة يتعذر بالموت لانه استحق بالعقد استيفاءها على ملك المؤجر فاذا مات زال ملكه عن العين فانتقلت الى ورثته فالمنافع تحدث على ملك الوارث فلا يستحق المستأجر استيفاءها لانه ما عقد مع الوارث . واذا مات المستأجر لم يمكن ايجاب الاجر فى تركته .
ولنا أنه عقد لازم فلا ينفسخ بموت العاقد مع سلامة المعقود عليه كما لو زوج أمته ثم مات وما ذكروه لا يصح فانا قد ذكرنا أن المستأجر قد ملك المنافع وملكت عليه الأجرة كاملة فى وقت العقد ثم يلزمهم ما لو زوج أمته ثم مات ولو صح ما ذكروه لكن وجوب الاجر ههنا بسبب من المستأجر فوجب فى تركته بعد موته كما لو حفر بئراً فوقع فيها شيء بعد موته ضمنه فى ماله لان سبب ذلك كان منه فى حال الحياة كذا ههنا .

(فصل) وإن مات المكترى ولم يكن له وارث يقوم مقامه فى استيفاء المنفعة أو كان غائبا كمن يموت فى طريق مكة ويخلف جمله الذى اكتراه وليس له عليه شىء يحمله ولا وارث له حاضر يقوم مقامه فظاهر كلام أحمد أن الاجارة تنفسخ فيما بقى من المدة لأنه قد جاء أمر غالب يمنع المستأجر عن منفعة العين فأشبه ما لو غصبت ، ولأن بقاء العقد ضرر فى حق المكترى والمكرى لأن المكترى يجب عليه الكراء من غير نفع والمكرى يمتنع عليه التصرف فى ماله مع ظهور امتناع الكراء عليه .

وقد نقل عن أحمد فى رجل اكترى بعيراً فمات المكترى فى بعض الطريق فإن رجع البعير خاليا فعليه بقدر ما وجب له ، وإن كان عليه ثقله ووطاؤه فله الكراء إلى الموضع . وظاهر هذا أنه حكم بفسخ العقد فيما بقى من المدة اذا مات المستأجر ولم يبق به انتفاع لانه تعذر استيفاء المنفعة بأمر من الله تعالى ، فأشبه ما لو اكترى من يقلع له ضرسه فبرأ أو انقلع قبل قلعه أو اكترى كحالا ليكحل عينه فبرأت أو ذهبت ، ويجب أن يقدر أنه لم يكن ثم من ورثته من يقوم مقامه فى الانتفاع لان الوارث يقوم مقام الموروث .

وتأولها القاضى على أن المكرى قبض البعير ومنع الورثة من الانتفاع ولولا ذلك لما انفسخ العقد لأنه لا ينفسخ بعذر فى المستأجر مع سلامة المعقود عليه كما لو حبس مستأجر الدار ومنع من سكناها ولا يصح هذا لانه لو منع الوارث الانتفاع لما استحق شيئا من الاجر ، ويفارق هذا ما لو حبس المستأجر لان المعقود عليه انتفاعه وهذا لا يؤيس منه بالحبس فإنه فى كل وقت يمكن خروجه من الحبس وانتفاعه ويمكن أن يستنيب من يستوفى المنفعة اما بأجر أو غيره بخلاف الميت فإنه قد فات انتفاعه بنفسه ونائبه فأشبه ما ذكرنا من الصور .

(فصل) اذا أجر الموقوف عليه الوقف مدة فمات فى أثنائها وانتقل الى من بعده ففيه وجهان .

أحدهما : لا تنفسخ الاجارة لانه أجر ملكه فى زمن ولايته فلم يبطل بموته كما لو أجر ملكه الطلق .

والثاني : تنفسخ الاجارة فيما بقي من المدة لأنا تبينا أنه أجر ملكه وملك غيره فصح في ملكه دون ملك غيره كما لو أجر دارين أحدهما له والاخرى لغيره وذلك لان المنافع بعد الموت حق لغيره فلا ينفذ عقده عليها من غير ملك ولا ولاية بخلاف الطلق فان المالك يملك من جهة الموروث فلا يملك الا ما خلفه، وما تصرف فيه في حياته لا ينتقل الى الوارث ، والمنافع التي أجرها قد خرجت عن ملكه بالاجارة فلا تنتقل الى الوارث والبطن الثاني في الوقف يملكون من جهة الواقف فما حدث فيها بعد البطن الاول كان ملكا لهم فقد صادف تصرف المؤجر في ملكهم من غير اذنهم ولا ولاية له عليهم فلم يصح . ويتخرج أن تبطل الاجارة كلها بناء على تفريق الصفقة ، وهذا التفصيل مذهب الشافعي . فعلى هذا ان كان المؤجر قبض الاجر كله وقلنا تنفسخ الاجارة فلمن انتقل اليه الوقف أخذه ويرجع المستأجر على ورثة المؤجر بحصة الباقي من الاجر ، وان قلنا لا تنفسخ رجع من انتقل اليه الوقف على التركة بحصته .

(فصل)

وان أجر الولي الصبي أو ماله مدة فبلغ في أثنائها فقال أبو الخطاب : ليس له فسخ الاجارة لانه عقد لازم عقده بحق الولاية فلم يبطل بالبلوغ كما لو باع داره أو زوجه ويحتمل أن تبطل الاجارة فيما بعد زوال الولاية على ما ذكرنا في اجارة الوقف ، ويحتمل أن يفرق بين ما اذا أجره مدة يتحقق بلوغه في أثنائها ، مثل أن أجره عامين وهو ابن أربع عشرة فتبطل في السادس عشر لأننا نتيقن أنه أجره فيها بعد بلوغه ، وهل تصح في الخامس عشر ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة ، وبين ما اذا لم يتحقق بلوغه في أثنائها كالذي أجره في الخامس عشر وحده فبلغ في أثنائه فيكون فيه ما قد ذكرنا في صدر الفصل لاننا لو قلنا يلزم الصبي بعقد الولي مدة يتحقق بلوغه فيها أفضى الى أن يعقد على جميع منافعه طول عمره ، والى أن يتصرف فيه في غير زمن ولايته عليه ، ولا يشبه النكاح لانه لا يمكن تقدير مدته فانه انما يعقد للأبد ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : اذا بلغ الصبي فله الخيار لانه عقد على منافعه في حال لا يملك التصرف في نفسه فاذا ملك ثبت له الخيار كالامة اذا أعتقت تحت زوج :

ولنا أنه عقد لازم عقد عليه قبل أن يملك التصرف فإذا ملكه لم يثبت له الخيار كالاب إذا زوج ولده، وما قاسوا عليه إنما يثبت لها الخيار إذا عتقت تحت عبد لاجل العيب لا لما ذكره : ولهذا لو عتقت تحت حر لم يثبت لها الخيار ، وان مات الولى المؤجر للصبي أو ماله أو عزل وانتقلت الولاية إلى غيره لم يبطل عقده لانه تصرف وهو من أهل التصرف في محل ولايته فلم يبطل تصرفه بموته أو عزله كما لو مات ناظر الوقف أو عزل أو مات الحاكم بعد تصرفه فيما له النظر فيه ، ويفارق ما لو أجر الموقوف عليه الوقف مدة ثم مات فى أثنائها لأنه أجر ملك غيره بغير إذنه فى مدة لا ولاية له فيها وهنا إنما يثبت للولى الثاني الولاية فى التصرف فيما لم يتصرف فيه الأول وهذا العقد قد تصرف فيه الأول فلم تثبت للثاني ولاية على ما تناوله .

(فصـــل)

وإن أجر عبده مدة ثم أعتقه فى أثنائها صح العتق ولم يبطل عقد الاجارة فى قياس المذهب ولا يرجع العبد على مولاه بشيء وهذا جديد قولى الشافعي : وقال فى القديم يرجع على مولاه بأجر المثل لان المنافع تستوفى منه بسبب كان من جهة السيد فرجع به عليه كما لو أكرهه بعد عتقه على ذلك العمل .

ولنا أنها منفعة استحقت بالعقد قبل العتق فلم يرجع ببدلها كما لو زوج أمته ثم أعتقها بعد دخول الزوج بها فان ما يستوفيه السيد لا يرجع به عليه ، ويخالف المكره فانه تعدى بذلك ، وقال أبو حنيفة : للعبد الخيار فى الفسخ أو الامضاء كالصبي اذا بلغ المعنى الذى ذكره ثم .

ولنا أنه عقد لازم عقده على ما يملكه فلا ينفسخ بالعتق ولا يزول ملكه عنه كما لو زوج أمته ثم باعها : اذا ثبت هذا : فان نفقة العبد ان كانت مشروطة على المستأجر فهى عليه كما كانت وان لم تكن مشروطة عليه فهى على معتقه لأنه كالباقى على ملكه بدليل أنه يملك عوض نفعه ولان العبد لا يقدر على نفقة نفسه لأنه مشغول بالاجارة ولا على المستأجر لأنه استحق منفعته بعوض غير نفقته لم يبق الا أنها على المولى .

(فصل) إذا أجر عينا ثم باعها صح البيع نص عليه أحمد سواء باعها للمستأجر

أو لغيره وبهذا قال الشافعي في أحد قوليه ، وقال في الآخر إن باعها لغير المستأجر لم يصح البيع لأن يد المستأجر حائلة تمنع التسليم الى المشترى فمنعت الصحة كما في بيع المغصوب .

ولنا أن الاجارة عقد على المنافع فلم تمنع الصحة كما لو زوج أمته ثم باعها ، وقولهم يد المستأجر حائلة دون التسليم لا يصح لان يد المستأجر إنما هي على المنافع والبيع على الرقبة فلا يمنع ثبوت اليد على أحدهما تسليم الآخر كما لو باع الامة المزوجة وان منعت التسليم في الحال فلا تمنع في الوقت الذي يجب التسليم فيه وهو عند انقضاء الاجارة ويكفي القدرة على التسليم حينئذ كالمسلم فيه ، وقال أبو حنيفة : البيع موقوف على إجازة المستأجر فإن أجازه جاز وبطلت الاجارة وان رده بطل .

ولنا أن البيع على غير المعقود عليه في الاجارة فلم تعتبر إجازته كبيع الأمة المزوجة ، اذا ثبت هذا فإن المشترى يملك المبيع مسلوب المنفعة الى حين انقضاء الاجارة ولا يستحق تسليم العين الا حينئذ لان تسليم العين انما يراد لاستيفاء نفعها ونفعها انما يستحقه اذا انقضت الاجارة فيصير هذا بمنزلة من اشترى عينا في مكان بعيد فانه لا يستحق تسليمها الا بعد مضي مدة يمكن احضارها فيها كالمسلم الى وقت لا يستحق تسلم المسلم فيه الا في وقته ، فإن لم يعلم المشترى بالاجارة فله الخيار بين الفسخ وامضاء البيع بكل الثمن ، لان ذلك عيب ونقص .

(فصل) فان اشتراها المستأجر صح البيع أيضا لانه يصح بيعها لغيره فله أولى لان العين في يده وهل تبطل الاجارة ؟ فيه وجهان .

أحدهما : لا تبطل . لانه تملك المنفعة بعقد ثم ملك الرقبة المسلوبة بعقد آخر فلم يتنافيا كما يملك الثمرة بعقد ثم يملك الأصل بعقد آخر . ولو أجر الموصى له بالمنفعة مالك الرقبة صحت الاجارة فدل على أن ملك المنفعة لا ينافي العقد على الرقبة ، وكذلك لو استأجر المالك العين المستأجرة من مستأجرها جاز فعلى هذا يكون الاجر باقيا على المشترى وعليه الثمن ويجتمعان للبائع كما لو كان المشترى غيره

والثاني : تبطل الاجارة فيما بقي من المدة ، لأنه عقد على منفعة العين فبطل ملك العاقد للعين كالنكاح فانه لو تزوج أمة ثم اشتراها بطل نكاحه ، ولان ملك

الرقبة يمنع ابتداء الاجارة فمنع استدامتها كالنكاح فعلى هذا يسقط عن المشتري الأجر فيما بقي من مدة الإجارة كما لو بطلت الاجارة بتلف العين وان كان المؤجر قد قبض الأجر كله حسب عليه باقي الاجر من الثمن .

(فصل) وان ورث المستأجر العين المستأجرة فالحكم فيه كما لو اشتراها في بطلان الاجارة أو بقائها الا أنه لا فرق في الحكم بين فسخ الاجارة وبقائها فلو استأجر انسان من أبيه داراً ثم مات أبوه وخلف ابنين أحدهما هو المستأجر فان الدار تكون بينهما نصفين والمستأجر أحق بها لان النصف الذي لأخيه الاجارة باقية فيه والنصف الذي ورثه يستحقه اما بحكم الملك واما بحكم الاجارة وما عليه من الاجر بينهما نصفين .

وان كان أبوه قد قبض الأجر لم يرجع بشيء منه على أخيه ولا تركة أبيه ويكون ما خلفه أبوه بينهما نصفين لأنه لو رجع بشيء أفضى الى أن يكون قد ورث النصف بمنفعته وورث أخوه نصفا مسلوب المنفعه والله سبحانه قد سوى بينهما في الميراث ولانه لو رجع بنصف أجر النصف الذي انقضت الاجارة فيه لوجب أن يرجع أخوه بنصف المنفعة التي انقضت الاجارة فيها اذ لا يمكن أن يجمع له بين المنفعه وأخذ عوضها من غيره .

(فصل) وان اشترى المستأجر العين ثم وجدها معيبة فردها ، فان قلنا لا تنفسخ الاجارة بالبيع فهي باقية بعد رد العين كما كانت قبل البيع ، وان قلنا قد انفسخت فالحكم فيها كما لو انفسخت بتلف العين ، وان كان المشتري أجنبيا فرد المستأجر الاجارة لعيب فينبغي أن تعود المنفعة الى البائع لأنه يستحق عوضها على المستأجر فاذا سقط العوض عاد اليه المعوض ، ولأن المشتري ملك العين مسلوبة المنفعة مدة الاجارة فلا يرجع اليه مالم يملكه .

وقال بعض أصحاب الشافعي : يرجع الى المشتري لأن المنفعة تابعة للرقبة ، وانما استحقت بعقد الاجارة فاذا زالت عادت اليه كما لو اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج ، ولا يصح هذا القياس فان منفعة البضع قد استقر عوضها للبائع بمجرد دخول الزوج بها ولا ينقسم العوض على المدة ولهذا لا يرجع الزوج بشيء من الصداق

فيما إذا انفسخ النكاح أو وقع الطلاق بخلاف الاجر فى الاجارة فان المؤجر يستحق الاجر فى مقابلة المنفعة مقسوما على مدتها فإذا كان له عوض المنفعة المستقبلة فزال بالفسخ رجع إليه معوضها وهو المنفعة . ولان منفعة البضع لا يجوز أن تملك بغير ملك الرقبة أو النكاح فلو رجعت إلى البائع لملكت بغيرهما ولانها مما لا يجوز للزوج نقلها إلى غيره ولا المعاوضة عنها ومنفعة البدن بخلافها .

(فصــــل)

وإذا وقعت الاجارة على عين مثل أن يستأجر عبداً للخدمة أو لرعاية الغنم أو جملا للحمل أو للركوب فتلفت انفسخ العقد بتلفها ، وإن خرجت مستحقة تبينا أن العقد باطل ، وإن وجد بها عيباً فردها انفســـخ العقد ولم يملك إبدالها لأن العقد على معين فثبتت هذه الأحكام كما لو اشترى عبناً . وإن وقعت على عين موصوفة فى الذمة انعكست هذه الأحكام فمتى سلم اليه عيناً فتلفت لم تنفسخ الاجارة ولزم المؤجر إبدالها ، وان خرجت مغصوبة لم يبطل العقد ولزمه بدلها ، وإن وجد بها عيبا فردها فكذلك . لأن المعقود عليه غير هذه العين وهذه بدل عنه فلم يؤثر تلفها ولا غصبها ولا ردها بعيب فى إبطال العقد ، كما لو اشترى بثمن فى الذمة على ما قرر فى موضعه

فإن قيل فقد قلتم من اكترى جملا ليركبه جاز أن يركبه من هو مثله ، ولو اكترى أرضا لزرع شيء بعينه جاز له زرع ما هو مثله أو دونه فى الضرر ، فلم قلتم اذا اكترى جملا بعينه لا يجوز أن يبدله ؟

قلنا لأن المعقود عليه منفعة العين فلم يجز أن يدفع اليه غير المعقود عليه ، كما لو اشترى عينا لا يجوز أن يأخذ غيرها ، والراكب غير معقود عليه إنما هو مستوف للمنفعة ، وانما تشترط معرفته لتقدير المنفعة لا لكونه معقوداً عليه ، وكذلك الزرع فى الأرض فانما يعين ليعرف به قدر المنفعة المستوفاة فيجوز الاستيفاء بغيرها ، كما لو وكل المشتري غيره فى استيفاء المبيع ، ألا ترى أنه لو تلف البعير أو الارض انفسخت الاجارة ، ولو مات الراكب أو تلف البذر لم تنفسخ الاجارة وجاز أن يقوم غيره مقامه فافترقا

« مسئلة » قال (ومن استأجر عقاراً فله أن يسكنه غيره اذا كان يقوم مقامه)

وجملته أن من استأجر عقارا للسكنى فله أن يسكنه ويسكن فيه من شاء ممن يقوم مقامه فى الضرر أو دونه ويضع فيه ما جرت عادة الساكن به من الرحال والطعام ويخزن فيها الثياب وغيرها مما لا يضر بها، ولا يسكنها ما يضر بها مثل القصارين والحدادين لان ذلك يضر بها، ولا يجعل فيها الدواب لانها تروث فيها وتفسدها، ولا يجعل فيها السرجين ولا رحى ولا شيئا يضر بها، ولا يجوز أن يجعل فيها شيئا ثقيلا فوق سقف، لانه يثقله ويكسر خشبه، ولا يجعل فيها شيئا يضر بها الا أن يشترط ذلك. وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأى، ولا نعلم فيه مخالفا. وانما كان كذلك لأن له استيفاء المعقود عليه بنفسه ونائبه. والذى يسكنه نائب عنه فى استيفاء المعقود عليه فجاز، كما لو وكل وكيلا فى قبض المبيع أو دين له ولم يملك فعل ما يضر بها لانه فوق المعقود عليه فلم يكن له فعله، كما لو اشترى شيئا لم يملك أخذ أكثر منه، فأما أن يجعل الدار مخزنا للطعام فقد قال أصحابنا يجوز ذلك. لأنه يجوز أن يجعلها مخزنا لغيره، ويحتمل أن لا يجوز لأن ذلك يفضى الى تحريق النار أرضها وحيطانها، وذلك ضرر لا يرضى به صاحب الدار.

(فصـــل)

واذا اكترى داراً جاز اطلاق العقد ولم يحتج الى ذكر السكنى ولا صفتها. وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأى. وقال أبو ثور: لا يجوز حتى يقول أبيت تحتها أنا وعيالى، لأن السكنى تختلف، ولو اكتراها ليسكنها فتزوج امرأة لم يكن له أن يسكنها معه.

ولنا أن الدار لا تكترى الا للسكنى فاستغنى عن ذكره كاطلاق الثمن فى بلد فيه نقد معروف به والتفاوت فى السكنى يسير فلم يحتج الى ضبطه، وما ذكره لا يصح فان الضرر لا يكاد يختلف بكثرة من يسكن وقلتهم ولا يمكن ضبط ذلك فاجتزىء فيه بالعرف كما فى دخول الحمام وشبهه ولو اشترط ما ذكره لوجب أن يذكر عدد السكان وأن لا يبيت عنده ضيف ولا زائر ولا غير من ذكره ولكان ينبغى أن يعلم صفة الساكن كما يعلم ذلك فيما اذا اكترى للركوب

(فصل)

وإذا اكترى ظهراً ليركبه فله أن يركبه مثله ومن هو أخف منه ولا يركبه من هو أثقل منه لأن العقد اقتضى استيفاء منفعة مقدرة بذلك الراكب فله أن يستوفى ذلك بنفسه ونائبه ، وله أن يستوفى أقل منه لانه يستوفى بعض ما يستحقه وليس له استيفاء أكثر منه لانه لا يملك أكثر مما عقد عليه ولا يشترط التساوى فى الطول والقصر ولا المعرفة بالركوب ، وقال القاضى . يشترط أن يكون مثله فى هذه الاوصاف كلها لان قلة المعرفة بالركوب تثقل على المركوب وتضر به ، قال الشاعر .

لم يركبوا الخيل إلا بعد ما كبروا فهم ثقال على أعجازها عنف

ولنا أن التفاوت فى هذه الامور بعد التساوى فى الثقل يسير فعفى عنه ولهذا لا يشترط ذكره فى الإجارة ولو اعتبر ذلك لاشترطت معرفته فى الاجارة كالثقل والخفة .

(فصل) فإن شرط أن لا يستوفى المنفعة بمثله ولا من هو دونه فقياس قول أصحابنا صحة العقد وبطلان الشرط فإنه قال فيمن شرط أن يزرع فى الارض حنطة ولا يزرع غيرها ، يبطل الشرط ويصح العقد ، ويحتمل أن يصح الشرط وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعى لان المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر فلا يملك ما لم يرض به ، ولانه قديكون لهغرض فى تخصيصه باستيفاءهذه المنفعة ، وقالوا فى الوجه الآخر يبطل الشرط لانه ينافى موجب العقد إذ موجبه ملك المنفعة والتسلط على استيفائها بنفسه وبنائبه ، واستيفاء بعضها بنفسه وبعضها بنائبه والشرط ينافى ذلك فكان باطلا ، وهل يبطل به العقد ؟ فيه وجهان أصحهما لا يبطله لانه لا يؤثر فى حق المؤجر نفعاً ولا ضرا فألغى وبقى العقد على مقتضاه ، والآخر يبطله لانه ينافى مقتضاه فأشبه ما لو شرط أن لا يستوفى المنافع .

(فصل) ويجوز للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة إذا قبضها ، نص عليه أحمد وهو قول سعيد بن المسيب وابن سيرين ومجاهد وعكرمة وأبى سلمان ابن عبدالرحمن والنخعى والشعبي والثورى والشافعى وأصحاب الرأى ، وذكر القاضى فيه رواية أخرى . أنه لا يجوز ، لان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن ربح ما لم

يضمن والمنافع لم تدخل فى ضمانه ، ولانه عقد على ما لم يدخل فى ضمانه فلم يجز كبيع المكيل والموزون قبل قبضه ، والاول أصح لان قبض العين قام مقام قبض المنافع بدليل أنه يجوز التصرف فيها لجاز العقد عليها كبيع الثمرة على الشجرة ويبطل قياس الرواية الاخرى لهذا الاصل .

إذا ثبت هذا فإنه لا تجوز إجارته إلا لمن يقوم مقامه أو دونه فى الضرر لما تقدم فأما إجارتها قبل قبضها فلا تجوز من غير المؤجر فى أحد الوجهين . وهذا قول أبى حنيفة والمشهور من قولى الشافعى ، لان المنافع مملوكة بعقد معاوضة فاعتبر فى جواز العقد عليها القبض كالاعيان ، والآخر يجوز وهو قول بعض الشافعية . لان قبض العين لا ينتقل به الضمان إليه فلم يقف جواز التصرف عليه . فأما اجارتها قبل القبض من المؤجر فإذا قلنا لا يجوز من غير المؤجر كان فيها ههنا وجهان .

أحدهما : لا يجوز ، لانه عقد عليها قبل قبضها .

والثانى : يجوز . لان القبض لا يتعذر عليه بخلاف الاجنبى . وأصلهما بيع الطعام قبل قبضه لا يصح من غير بائعه رواية واحدة ، وهل يصح من بائعه ؟ على روايتين ، فأما اجارتها بعد قبضها من المؤجر فجائزة ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا يجوز . لان ذلك يؤدى الى تناقض الاحكام لان التسليم مستحق على الكراء فإذا اكتراها صار مستحقا له فيصير مستحقا لما يستحق عليه وهذا تناقض .

ولنا أن كل عقد جاز مع غير العاقد جاز مع العاقد كالبيع ، وما ذكروه لا يصح لان التسليم قد حصل وهذا المستحق له تسليم آخر ثم يبطل بالبيع فإنه يستحق عليه تسليم العين فإذا اشتراها استحق تسليمها . فإن قيل التسليم ههنا مستحق فى جميع المدة بخلاف البيع . قلنا المستحق تسليم العين وقد حصل وليس عليه تسليم آخر غير أن العين من ضمان المؤجر فاذا تعذرت المنافع بتلف الدار وغصبها رجع عليه لانها تعذرت بسبب كان فى ضمانه .

(فصل) ويجوز للمستأجر اجارة العين بمثل الاجر وزيادة نص عليه أحمد ، وروى ذلك عن عطاء والحسن والزهرى وبه قال الشافعى وأبو ثور وابن المنذر ، وعن أحمد أنه ان أحدث فى العين زيادة جاز له أن يكريها بزيادة والا لم تجز

الزيادة فإن فعل تصدق بالزيادة ، روى هذا الشعبي وبه قال الثوري وأبو حنيفة لأنه يربح بذلك فيما لم يضمن ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن ، ولأنه يربح فيما لم يضمن فلم يجز كما لو ربح في الطعام قبل قبضه ، ويخالف ما إذا عمل عملا فيها لأن الربح في مقابلة العمل ، وعن أحمد رواية ثالثة إن أذن له المالك في الزيادة جاز وإلا لم يجز . وكره ابن المسيب وأبو سلمة وابن سيرين ومجاهد وعكرمة والشعبي والنخعي الزيادة مطلقا لدخولها في ربح ما لم يضمن .

ولنا أنه عقد يجوز برأس المال فجاز بزيادة كبيع المبيع بعد قبضه وكما لو أحدث عمارة لا يقابلها جزء من الأجر ، وأما الخبر فإن المنافع قد دخلت في ضمانه من وجه فإنها لو فاتت من غير استيفائه كانت من ضمانه . ولا يصح القياس على بيع الطعام قبل قبضه فإن البيع ممنوع منه بالكلية سواء ربح أو لم يربح وههنا جائز في الجملة ، وتعليلهم بأن الربح في مقابلة عمله ملغى بما إذا كنس الدار ونظفها فإن ذلك يزيد في أجرها في العادة .

(فصل) ونقل الأثرم عن أحمد أنه سأله عن الرجل يتقبل العمل من الأعمال فيقبله بأقل من ذلك أيجوز له الفضل ؟ قال ما أدري هي مسألة فيها بعض الشيء قلت ، أليس كان الخياط أسهل عندك إذا قطع الثوب أو غيره إذا عمل في العمل شيئا : قال إذا عمل عملا فهو أسهل ، قال النخعي : لا بأس أن يتقبل الخياط الثياب بأجر معلوم ثم يقبلها بعد ذلك بعد أن يعين فيها أو يقطع أو يعطيه سلوكا أو ابرا أو يخيط فيها شيئا فإن لم يعن فيها بشيء فلا يأخذن فضلا وهذا يحتمل أن يكون النخعي قاله مبنيا على مذهبه في أن من استأجر شيئا لا يؤجره بزيادة وقياس المذهب جواز ذلك سواء أعان فيها بشيء أو لم يعن لأنه إذا جاز أن يقبله بمثل الأجر الأول أو دونه جاز بزيادة عليه كالبيع وكإجارة العين .

(فصل) وكل عين استأجرها لمنفعة فله أن يستوفي مثل تلك المنفعة وما دونها في الضرر . وقال أحمد إذا استأجر دابة ليحمل عليها تمراً فحمل عليها حنطة أرجو أن لا يكون به بأسا إذا كان الوزن واحداً ، فإن كانت المنفعة التي يستوفيها أكثر ضرراً أو مخالفة للمعقود عليها في الضرر لم يجز لأنه يستوفي أكثر من حقه أو غير ما يستحقه ، فإذا اكترى دابة ليحمل عليها حديداً لم يحمل عليها قطنا لأنه يتجافى

وتهب فيه الريح فيتعب الظهر . وان اكتراها لحمل القطن لم يجز أن يحمل الحديد لأنه يجتمع فى موضع واحد فيثقل عليه والقطن يتفرق فيقل ضرره ، وإن اكتراه ليركبه لم يجز أن يحمل عليه لان الراكب يعين الظهر بحركته ، وإن اكتراه ليحمل عليه لم يجز أن يركبه لان الراكب يقعد فى موضع واحد فيشتد على الظهر . والمتاع يتفرق على جنبيه . وان اكتراه ليركبه عريا لم يجز أن يركبه بسرج لانه يحمل عليه أكثر مما عقد عليه ، وان اكتراه ليركبه بسرج لم يجز أن يركبه عريا لانه اذا ركب عليه من غير سرج حمى ظهره فربما عقره ، وان اكتراه ليركبه بسرج لم يجز أن يركبه بأكثر منه فلو اكترى حماراً لم يجز أن يركبه بسرج البرذون اذا كان أثقل من سرجه وان اكترى دابة بسرج فركبها بأكاف أثقل منه أو أضر لم يجز وان كان أخف وأقل ضرراً فلا بأس . ومتى فعل ما ليس له فعله كان ضامنا وعليه الاجر وهذا كله مذهب الشافعى وأبى ثور .

(فصل) وان اكترى دابة ليركبها فى مسافة معلومة أو يحمل عليها فيها فأراد العدول بها الى ناحية أخرى مثلها فى القدر أضر منها أو تخالف ضررها بأن تكون احداهما أحسن والاخرى أخوف لم يجز وان كان مثلها فى السهولة والحزونة والامن أو التى يعدل اليها أقل ضرراً فذكر القاضى أنه يجوز وهو قول أصحاب الشافعى ، لان المسافة عينت ليستوفى بها المنفعة ويعلم قدرها بها فلم تتعين كنوع المحمول والراكب ، ويقوى عندى أنه متى كان للمكرى غرض فى تلك الجهة المعينة لم يجز العدول الى غيرها مثل من يكرى جماله الى مكة فيحج معها فلا يجوز له أن يذهب بها الى غيرها ولو أكراها الى بغداد لكون أهله بها أو ببلد العراق لم يجز الذهاب بها الى مصر ، ولو اكترى جماله جملة الى بلد لم يجز للمستأجر التفريق بينها بالسفر ببعضها الى جهة وبباقيها الى جهة أخرى وذلك لانه عين المسافة لغرض فى فواته ضرر فلم يجز تفويته كما فى حق المكترى فانه لو أراد حمله الى غير المكان الذى اكترى اليه لم يجز وكما لو عين طريقا سهلا أو آمنا فأراد سلوك ما يخالفه فى ذلك .

(فصل) ويجوز أن يكترى قميصا ليلبسه لانه يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ويجوز بيعه فجازت اجارته كالعقار ولا بد من تقدير المنفعة بالمدة ، وان كانت عادة

أهل بلده نزع ثيابهم عند النوم فى الليل فعليه نزعه فى ذلك لان الاطلاق يحمل على المعتاد وله لبسه فيما سوى ذلك وان قام نهاراً لم يكن عليه نزعه لانه العرف ويلبس القميص على ما جرت العادة به ولا يجوز أن يتزر به لانه يعتمد عليه فيشقه وفى اللبس لا يعتمد ويجوز أن يرتدى به لانه أخف ، ومن ملك شيئا ملك ما هو أخف منه وقيل فيه وجه آخر أنه لا يجوز لانه استعمال لم تجر العادة به فى القميص أشبه الاتزار به .

فصل : وان استأجر أرضا صح لما تقدم ، ولا يصح حتى يرى الارض لان المنفعة تختلف باختلافها ولا تعرف الا بالرؤية لانها لا تنضبط بالصفة ، ولا يصح حتى يذكر له ما يكترى له من زرع أو غرس أو بناء لان الارض تصلح لهذا كله وتأثيره فى الارض يختلف فوجب بيانه . فان قال : أجرتكها لتزرعها أو تغرسها لم يصح لانه لم يعين أحدهما فأشبه ما لو قال بعتك أحد هذين العبدين وان قال لتزرعها ما شئت أو تغرسها ما شئت صح وهذا منصوص الشافعى وخالفه أكثر أصحابه فقالوا لا يجوز لانه لا يدرى كم يزرع ويغرس . وقال بعضهم يصح ويزرع نصفها ويغرس نصفها .

ولنا أن العقد اقتضى إباحة هذين الشيئين فصح كما لو قال لتزرعها ما شئت . ولان اختلاف الجنسين كاختلاف النوعين . وقوله لتزرعها ما شئت اذن فى نوعين وأنواع وقد صح فكذلك فى الجنسين وله أن يغرسها كلها ، وان أحب زرعها كلها كما لو أذن له فى أنواع الزرع كله كان زرع جميعها نوعا واحداً وله زرعها من نوعين كذلك ههنا .

وان أكراها للزرع وحده ففيه أربع مسائل

احداهن . أكراها للزرع مطلقا أو قال لتزرعها ما شئت فانه يصح وله زرع ما شاء وهذا مذهب الشافعى ، وحكى عن ابن سريج أنه لا يصح حتى يتبين الزرع لان ضرره يختلف فلم يصح بدون البيان كما لو لم يذكر ما يكترى له من زرع أو غرس أو بناء .

ولنا أنه يجوز استئجارها لأكثر الزرع ضرراً ويباح له جميع الانواع لانه

دونه فإذا عمم أو أطلق تناول الأكثر وكان له مادونه ويخالف الأجناس المختلفة وإنه لا يدخل بعضها فى بعض ، فإن قيل فلو اكترى دابة للركوب لوجب تعيين الراكب ، قلنا لأن إجارة المركوب لأكثر الركاب ضرراً لا تجوز بخلاف المزروع ولأن للحيوان حرمة فى نفسه فلم يجز إطلاق ذلك فيه بخلاف الأرض ، فإن قيل فلو استأجر دارا للسكنى مطلقا لم يجز أن يسكنها من يضر بها كالقصار والحداد فلم قلتم إنه يجوز أن يزرعها ما يضر بها ؟ قلنا السكنى لا تقتضى ضرراً فلذلك منع من إسكان من يضر بها لأن العقد لم يقتضيه والزرع يقتضى الضرر فإذا أطلق كان راضيا بأكثره فلهذا جاز وليس له أن يغرس فى هذه الأرض ولا يبنى لأن ضرره أكثر من المعقود عليه .

المسألة الثانية : أكراها لزرع حنطة أو نوع بعينه فإن له زرع ما يعينه وما ضرره كضرره أو دونه ولا يتعين ما عينه فى قول عامة أهل العلم إلا داود وأهل الظاهر فإنهم قالوا لا يجوز له زرع غير ما عينه حتى لو وصف الحنطة بأنها سمراء لم يجز له أن يزرع بيضاء لأنه عينه بالعقد فلم يجز العدول عنه كما لو عين المركوب أو عين الدراهم فى الثمن .

ولنا أن المعقود عليه منفعة الأرض دون القمح ولهذا يستقر عليه العوض بمضى المدة إذا تسلم الأرض وان لم يزرعها وإنما ذكر القمح لتقدر به المنفعة فلم يتعين كما لو استأجر داراً ليسكنها كان له أن يسكنها غيره وفارق المركوب والدراهم فى الثمن فانهما معقود عليهما فتعينا والمعقود عليه ههنا منفعة مقدرة وقد تعينت أيضاً ولم يتعين ما قدرت به كما لا يتعين المكيال والميزان فى المكيل والموزون

المسألة الثالثة . قال ليزرعها حنطة وما ضرره كضررها أو دونه فهذه كالتى قبلها الا أنه لا يخالف فيها لأنه شرط ما اقتضاه الاطلاق وبين ذلك تصريح نصه فزال الاشكال .

المسألة الرابعة : قال ليزرعها حنطة ولا يزرع غيرها فذكر القاضى أن الشرط باطل لانه ينافى مقتضى العقد لانه يقتضى استيفاء المنفعة كيف شاء فلم يصح الشرط كما لو شرط عليه استيفاء المبيع بنفسه والعقد صحيح لأنه لا ضرر فيه ولا غرض لاحد المتعاقدين لان ماضرره مثله لايختلف فى غير المؤجر فلم يؤثر فى العقد فأشبه

شرط استيفاء المبيع أو الثمن بنفسه ، وقد ذكرنا فيما إذا شرط مكترى الدار أنه لا يسكنها غيره وجها فى صحة الشرط ووجها آخر فى فساد العقد فيخرج ههنا مثله

(فصل) وان أكراها للغراس ففيه ما ذكرنا من المسائل إلا أن له أن يزرعها لأن ضرر الزرع أقل من ضرر الغراس وهو من جنسه . لأن كل واحد منهما يضر بباطن الارض ، وليس له البناء لان ضرره مخالف لضرره فانه يضر بظاهر الارض ، وان أكراها للزرع لم يكن له الغرس ولا البناء لان ضرر الغرس أكثر وضرر البناء مخالف لضرره . وان أكراها للبناء لم يكن له الغرس ولا الزرع لأن ضررهما يخالف ضرره .

(فصل) ولا تخلو الارض من قسمين :

أحدهما . أن يكون له ماء دائم إما من نهر لم تجر العادة بانقطاعه أو لا ينقطع إلا مدة لا يؤثر فى الزرع أو من عين نابعة أو بركة من مياه الأمطار يجتمع فيها ثم يسقى به أو من بئر يقوم بكفايتها أو ما يشرب بعروقه لنداوة الارض وقرب الماء الذى تحت الأرض فهذا كله دائم ، ويصح استئجارها للغرس والزرع بغير خلاف علمناه ، وكذلك الارض التى تشرب من مياه الأمطار ويكتفى بالمعتاد منه لان ذلك بحكم العادة ولا ينقطع إلا نادرا فهو كسائر الصور المذكورة .

والثانى : أن لا يكون لها ماء دائم وهى نوعان . أحدهما : ما يشرب من زيادة معتادة تأتى فى وقت الحاجة كأرض مصر الشاربة من زيادة النيل وما يشرب من زيادة الفرات وأشباهه : وأرض البصرة الشاربة من المد والجزر وأرض دمشق الشاربة من زيادة بردى أو ما يشرب من الاودية الجارية من ماء المطر فهذه تصح إجارتها قبل وجود الماء الذى تسقى به وبعده ، وحكى ابن الصباغ ذلك مذهبا للشافعى ، وقال أصحابه إن أكراها بعد الزيادة صح ولا يصح قبلها لانها معدومه لا نعلم هل يقدر عليها أو لا .

ولنا أن هذا معتاد الظاهر وجوده فجازت إجارة الارض الشاربة به كالشاربه من مياه الامطار ولأن ظن القدرة على التسليم فى وقته يكفى فى صحة العقد كالسلم فى الفاكهة إلى أوانها .

النوع الثاني : أن يكون مجيء الماء نادراً أو غير ظاهر كالأرض التي لا يكفيها إلا المطر الشديد الكثير الذي يندر وجوده أو يكون شربها من فيض واد مجيئه نادر أو من زيادة نادرة في نهر أو عين غالبة فهــذه إن أجرها بعد وجود ماء يسقيها به صح أيضا لأنه أمكن الانتفاع بها وزرعها فجازت إجارتها كذات الماء الدائم ، وان أجرها قبله للغرس أو الزرع لم يصح لأنه يتعذر الزرع غالبا ويتعذر المعقود عليه في الظاهر فلم تصح إجارتها كالآبق والمغصوب ، وإن اكتراها على أنها لا ماء لها جاز لأنه تمكن من الانتفاع بها بالنزول فيها ووضع رحله وجمع الحطب فيها ، وله أن يزرعها رجاء الماء . وان حصل له ماء قبل زرعها فله زرعها لأن ذلك من منافعها الممكن استيفاؤها وليس له أن يبني ولا يغرس لأن ذلك يراد للتأبيد وتقدير الإجارة بمدة تقتضي تفريغها عند انقضائها .

فإن قيل فلو استأجرها للغراس والبنا صح مع تقدير المده ، قلنا التصريح بالبناء والغراس صرف التقدير عن مقتضاه بظاهره في التفريغ عند انقضاء المدة إلا أن يشترط قلع ذلك عند انقضاء المدة فيصرف الغراس والبناء عما يراد له بظاهره بخلاف مسألتنا . وان أطلق اجارة هذه الأرض مع العلم بحالها وعدم مائها صح لأنهما دخلا في العقد على أنها لا ماء لها فأشبه ما لو شرطاه . وان لم يعلم عدم مائها أو ظن المكتري أنه يمكن تحصيل ماء لها بوجه من الوجوه لم يصح العقد ولأنه ربما دخل في العقد بناء على أن المالك لها يحصل لها ماء وأنه يكتريها للزراعة مع تعذرها ، وقيل لا يصح العقد مع الاطلاق وان علم بحالها لأن اطلاق كراء الأرض يقتضي الزراعة والأولى صحته لان العلم بالحال يقوم مقام الاشتراط كالعلم بالعيب يقوم مقام شرطه ، ومتى كان لهـا ماء غير دائم أو الظاهر انقطاعه قبل الزرع أو لا يكفي الزرع فهي كالتي لا ماء لها . ومذهب الشافعي في هذا كله كما ذكرنا

(فصل) وان اكترى أرضا غارقة بالمـاء لا يمكن زرعها قبل انحساره عنها وقد ينحسر ولا ينحسر فالعقد باطل ؛ لأن الانتفاع بها في الحال غــير ممكن ولا يزول المـانع غالبا ، وان كان ينحسر عنها وقت الحاجة الى الزراعة كأرض مصر في وقت مد النيل صح العقد لأن المقصود متحقق بحكم العادة المستمرة ،

وإن كانت الزراعة فيها ممكنة ويخاف غرقها والعادة غرقها لم يجز إجارتها لانها فى حكم الغارقة بحكم العادة المستمرة .

(فصل) ومتى غرق الزرع أو هلك بحريق أو جراد أو برد أو غيره فلا ضمان على المؤجر ولا خيار للمكترى نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافا وهو مذهب الشافعى لأن التالف غير المعقود عليه ، وانما تلف مال المكترى فيه فأشبه من اشترى دكانا فاحترق متاعه فيه ، ثم ان أمكن المكترى الانتفاع بالأرض بغير الزرع أو بالزرع فى بقية المدة فله ذلك ، وان تعذر ذلك فالأجر لازم له لأن تعذره لفوات وقت الزراعه بسبب غير مضمون على المؤجر لا لمعنى فى العين ، وان تعذر الزرع بسبب غرق الأرض أو انقطاع مائها فللمستأجر الخيار لأنه لمعنى فى العين ، وان تلف الزرع بذلك فليس على المؤجر ضمانه لأنه لم يتلفه بمباشرة ولا بسبب ، وان قل الماء بحيث لا يكفى الزرع فله الفسخ لأنه عيب فإن كان ذلك بعد الزرع فله الفسخ أيضاً ويبقى الزرع فى الأرض الى أن يستحصد وعليه من المسمى بحصته الى حين الفسخ وأجر المثل لما بقى من المدة لأرض لها مثل ذلك الماء ، وكذلك إن انقطع الماء بالكلية أو حدث بها عيب من غرق يهلك بعض الزرع أو يسوء حاله به .

(فصل) وإذا استأجر أرضا للزراعة مدة فانقضت وفيها زرع لم يبلغ حصاده لم يخل من حالين .

أحدهما : أن يكون لتفريط من المستاجر مثل أن يزرع زرعا لم تجر العادة بكماله قبل انقضاء المدة فحكمه حكم زرع الغاصب يخير المالك بعد المدة من أخذه بالقيمة أو تركه بالاجر لما زاد على المدة لأنه أبقى زرعه فى أرض غيره بعدوانه ، وان اختار المستأجر قطع زرعه فى الحال وتفريغ الأرض فله ذلك لأنه يزيل الضرر ويسلم الأرض على الوجه الذى اقتضاه العقد ، وذكر القاضى أن على المستأجر نقل الزرع وتفريغ الارض ، وان اتفقا على تركه بعوض أو غيره جاز وهذا مذهب الشافعى بناء على قوله فى الغاصب وقياس مذهبنا ما ذكرناه .

الحال الثانى : أن يكون بقاؤه بغير تفريط مثل أن يزرع زرعا ينتهى فى المدة عادة فأبطأ لبرد أو غيره فإنه يلزم المؤجر تركه إلى أن ينتهى وله المسمى وأجر

المثل لما زاد وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، والوجه الثاني : قالوا يلزمه نقله لان المدة ضربت لنقل الزرع فيلزم العمل بموجبه وقد وجد منه تفريط لانه كان يمكنه أن يستظهر في المدة فلم يفعل .

ولنا أنه حصل الزرع في أرض غيره بإذنه من غير تفريط فلزم تركه كما لو أعاره أرضا فزرعها ثم رجع المالك قبل كمال الزرع ، وقولهم : إنه مفرط غير صحيح لأن هذه المدة التي جرت العادة بكمال الزرع فيها وفي زيادة المدة تفويت زيادة الاجر بغير فائدة وتضييع زيادة متيقنة لتحصيل شيء متوهم على خلاف العادة هو التفريط فلم يكن تركه تفريطا ، ومتى أراد المستأجر زرع شيء لا يدرك مثله في الإجارة فللمالك منعه لانه سبب لوجود زرعه في أرضه بغير حق فملك منعه منه فإن زرع لم يملك مطالبته بقلعه قبل المدة لانه في أرض يملك نفعها ولانه لا يملك ذلك بعد المدة فقبلها أولى ، ومن أوجب عليه قطعه بعد المدة قال إذا لم يكن بد من المطالبة بالنقل فليكن عند المدة التي يستحق تسليمها الى المؤجر فارغة .

(فصل) وإذا اكترى الارض لزرع مدة لا يكمل فيها مثل أن يكتري خمسة أشهر لزرع لا يكمل إلا في سنة نظرنا فان شرط تفريغها عند انقضاء المدة ونقله عنها صح لانه لا يفضي الى الزيادة على مدته وقد يكون له غرض في ذلك لأخذه إياه قصيلا أو غيره ويلزمه ما التزم ، وان أطلق العقد ولم يشترط شيئا احتمل أن يصح لان الانتفاع بالزرع في هذه المدة ممكن ، واحتمل أنه إن أمكن أن ينتفع بالارض في زرع ضرره كضرر الزرع المشروط أو دونه مثل أن يزرعها شعيراً يأخذه قصيلا صح العقد ، لان الانتفاع بها في بعض ما اقتضاه العقد ممكن وان لم يكن كذلك لم يصح لانه اكترى للزرع مالا ينتفع بالزرع فيه أشبه إجارة السبخة له ، فان قلنا : يصح فان انقضت المدة ففيه وجهان .

أحدهما : حكمه حكم زرع المستأجر لما لا يكمل في مدته لانه ههنا مفرط ، واحتمل أن يلزم المكري تركه بالاجر لان التفريط منه حيث أكراه مدة لزرع لا يكمل فيها ، وان شرط تبقيته حتى يكمل فالعقد فاسد لأنه جمع بين متضادين فان تقدير المدة يقتضي النقل فيها وشرط التبقية يخالفه ولان مدة التبقية مجهولة فان زرع لم يطالب بنقله كالتي تقدمت .

(فصـــل)

إذا أجره للغراس سنة صح لأنه يمكنه تسليم منفعتها المباحة المقصودة فأشبهت سـائر المنافع ، وسواء شرط قلع الغراس عند انقضاء المدة أو أطلق ، وله أن يغرس قبل انقضـاء المدة ، فإذا انقضت لم يكن له أن يغرس لزوال عقده ، فإذا انقضت السنة وكان قد شرط القلع عند انقضائها لزمه ذلك وفاء بموجب شرطه ، وليس على صاحب الأرض غرامة نقصه ولا على المكترى تسوية الحفر وإصلاح الأرض لأنهما دخلا على هـذا لرضاهما بالقلع واشتراطهما عليه ، وان اتفقا على إبقائه بأجر أو غيره جاز اذا شرطامدة معلومة . وكذلك لو اكترى الأرض سنة بعد سنة كلما انقضى عقد جدد آخر جاز . وان أطلق العقد فللمكترى القلع ، لأن الغرس ملكه فله أخذه كطعامه من الدار التى باعها ، واذا قلع فعليه تسوية الحفر ، لأنه نقص دخل على ملك غيره بغير اذنه ، وهكذا إن قلعه قبل انقضاء المدة ههنا وفى التى قبلها ، لان القلع قبل الوقت لم يأذن فيه المالك ، ولانه تصرف فى الارض تصرفا نقصها لم يقتضه عقد الاجارة ، وان أبى القلع لم يجبر عليه الا أن يضمن له المالك نقص غرسه فيجبر حينئذ ، وبهذا قال الشافعى

وقال أبو حنيفة ومالك : عليه القلع من غير ضمان النقص له لان تقدير المدة فى الاجارة يقتضى التفريغ عند انقضائها كما لو استأجرها للزرع

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « ليس لعرق ظالم حق » مفهومه أن ماليس بظالم له حق وهذا ليس بظالم ، ولانه غرس بإذن المالك ولم يشرط قلعه فلم يجبر على القلع من غير ضمان النقص ، كما لو استعار منه أرضا للغرس مدة فرجع قبل انقضائها ويخالف الزرع فانه لا يقتضى التأبيد

فإن قيل : فان كان اطلاق العقد فى الغراس يقتضى التأبيد فشرط القلع ينافى مقتضى العقد فينبغى أن يفسده . قلنا انما اقتضى التأبيد من حيث ان العادة فى الغراس التبقية ، فاذا أطلقه حمل على العادة ، واذا شرط خلافه جاز ؛ كما اذا باع بغير نقد البلد أو شرط فى الاجارة شرطا يخالف العادة . اذا ثبت هذا فان رب الارض يخير بين ثلاثة أشياء

أحدها أن يدفع قيمة الغراس والبناء فيملكه مع أرضه

والثانى أن يقلع الغراس والبناء ويضمن أرش نقصه

والثالث أن يقر الغراس والبناء ويأخذ منه أجر المثل . وبهذا قال الشافعى وقال مالك : يخير بين دفع قيمته فيملكه وبين مطالبته بالقلع من غير ضمان وبين تركه فيكونان شريكين ، وليس بصحيح لان الغراس ملك لغارسه لم يدفع اليه عنه عوض ولا رضى بزوال ملكه عنه فلا يزول عنه كسائر الغرس ، وان اتفقا على بيع الغراس والبنـــاء للمالك جاز . وان باعها صاحبها لغير مالك الارض جاز ومشتريهما يقوم فيهما مقام البائع

وقال أصحاب الشافعى فى أحد الوجهين : ليس له بيعهما لغير مالك الارض لان ملكه ضعيفـــ بدليل أن لصاحب الارض تملكه عليه بالقيمة من غير اذنه .

ولنا أنه مملوك له يجوز بيعه لمالك الارض لجاز لغيره كشقص مشفوع ، وبهذا يبطل ما ذكروه ، فان للشفيع تملك الشقص وشراؤه ويجوز بيعه لغيره ، فأما ان شرط فى العقد تبقية الغراس ؛ فذكر القاضى أنه صحيح وحكمه حكم ما لو أطلق العقد سواء ، وهو قول أصحاب الشـافعى ، ويحتمل أن يبطل العقد لانه شرط ما ينافى مقتضى العقد فلم يصح ، كما لو شرط ذلك فى الزرع الذى لا يكمل قبل انقضاء المدة ، ولان الشرط باطل بدليل أنه لا يجب الوفاء به وهو مؤثر فأبطله ، كشرط تبقية الزرع بعد مدة الاجارة

« مسئلة » قال ﴿ ويجوز أن يستأجر الاجير بطعامه وكسوته ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد فيمن استأجر أجيراً بطعامه وكسوته أو جعل له أجراً وشرط طعامه وكسوته فروى عنه جواز ذلك ، وهو مذهب مالك واسحاق وروى عن أبى بكر وعمر وأبى موسى رضى الله عنهم أنهم استأجروا الاجراء بطعامهم وكسوتهم ، وروى عنه أن ذلك جائز فى الظئر دون غيرها ، اختارها القاضى ، وهذا مذهب أبى حنيفة لان ذلك مجهول ، وانما جاز فى الظئر لقول الله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) فأوجب لهن النفقة والكسوة

على الرضاع ولم يفرق بين المطلقة وغيرها ، بل فى الآية قرينة تدل على طلاقها ، لأن الزوجة تجب نفقتها وكسوتها بالزوجية وان لم ترضع ، لأن الله تعالى قال (وعلى الوارث مثل ذلك والوارث ليس بزوج ، ولأن المنفعة فى الحضانة والرضاع غير معلومة ، فجاز أن يكون عوضها كذلك . وروى عنه رواية ثالثة لا يجوز ذلك بحال لا فى الظئر ولا فى غيرها ، وبه قال الشافعى وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وابن المنذر ، لأن ذلك يختلف اختلافا كثيراً متباينا فيكون مجهولا والأجر من شرطه أن يكون معلوما .

ولنا ما روى ابن ماجه عن عتبة بن المنذر قال . كنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقرأ (طس) حتى بلغ قصة موسى قال « إن موسى آجر نفسه ثمانى حجج أو عشراً على عفة فرجه وطعام بطنه » وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يثبت نسخه .

وعن أبى هريرة رضى الله عنه أنه قال : كنت أجيراً لابنة غزوان بطعام بطنى وعقبة رجلى أحطب لهم إذا نزلوا وأحدو بهم إذا ركبوا ، ولأن من ذكرنا من الصحابة وغيرهم فعلوه فلم يظهر له نكير فكان إجماعا . ولأنه قد ثبت فى الظئر بالآية فيثبت فى غيرها بالقياس عليها ، ولأنه عوض منفعة فقام العرف فيه مقام التسمية كنفقة الزوجة ، ولأن للكسوة عرفا وهى كسوة الزوجات وللإطعام عرف وهو الإطعام فى الكفارات فجاز إطلاقه كنقد البلد ، ونخص أبا حنيفة بأن ما كان عوضا فى الرضاع جاز فى الخدمة كالأثمان

إذا ثبت هذا فإنهما إن تشاحا فى مقدار الطعام والكسوة رجع فى القوت الى الإطعام فى الكفارة وفى الكسوة إلى أقل ملبوس مثله .

قال أحمد : إذا تشاحا فى الطعام يحكم له بمد كل يوم ، ذهب به الى ظاهر ماأمر الله تعالى من إطعام المساكين ، ففسرت ذلك السنة بأنه مد لكل مسكين ، ولأن الاطعام مطلق فى الموضعين فما فسر به أحدهما يفسر به الآخر . وليس له إطعام الأجير الا مايوافقه من الأغذية لأن عليه ضرراً ولا يمكنه استيفاء الواجب له منه

(فصل) وإن شرط الأجير كسوة ونفقة معلومة موصوفة كما يوصف فى السلم جاز ذلك عند الجميع ، وان لم يشترط طعاماً ولا كسوة فنفقته وكسوته على نفسه وكذلك الظئر .

قال ابن المنذر : لا أعلم عن أحد خلافا فيما ذكرت ، وان شرط للأجير طعام غيره وكسوته موصوفا جاز لأنه معلوم . أشبه مالو شرط دراهم معلومة ، ويكون ذلك للأجير ان شاء أطعمه وان شاء تركه . وان لم يكن موصوفا لم يجز لأن ذلك مجهول ، احتمل فيما اذا شرطه للأجير للحاجة اليه وجرت العادة به فلا يلزمه احتمالها مع عدم ذلك . ولو استأجر دابة بعلفها أو بأجر مسمى وعلفها لم يجز لأنه مجهول ولا عرف له يرجع اليه ، ولا نعلم أحداً قال بجوازه الا أن يشترطه موصوفا فيجوز .

فصـــل

وان استغنى الأجير عن طعام المؤجر بطعام نفسه أو غيره أوعجز عن الأكل لمرض أو غيره لم تسقط نفقته وكان له المطالبة بها لانها عوض فلا تسقط بالغنى عنه كالدراهم ، وان احتاج لدواء لمرضه لم يلزم المستأجر ذلك لانه لم يشرط له الاطعام الا صحيحا لكن يلزمه له بقدر طعام الصحيح يشترى له الاجير ما يصلح لان ما زاد على طعام الصحيح لم يقع العقد عليه فلا يلزم به كالزائد فى القدر .

(فصـل) اذا دفع اليه طعامه فأحب الاجير أن يستفضل بعضه لنفسه نظرت فإن كان المؤجر دفع اليه أكثر من الواجب ليأكل قدر حاجته ويفضل الباقى أو كان فى تركه لأكله كله ضرر على المؤجر بأن يضعف عن العمل أو يقل لبن الظئر منع منه لانه فى الصورة الاولى لم يملكه اياه ، وانما أباحه أكل قدر حاجته وفى الثانية على المؤجر ضرر بتفويت بعض ماله من منفعته ، فمنع منه ، كالجمال اذا امتنع من علف الجمال ، وان دفع اليه قدر الواجب من غير زيادة ، أو دفع اليه أكثر وملكه اياه ولم يكن فى تفضيله لبعضه ضرر بالمؤجر جاز لأنه حق لاضرر على المؤجر فيه فأشبه الدراهم

(فصـل) وان قدم اليه طعاما فنهب أو تلف قبل أكله نظرت فإن كان على مائدة لا يخصه فيها بطعامه فهو من ضمان المستأجر لانه لم يسلمه اليه ، فكان تلفه من ماله ، وان خصه بذلك وسلمه اليه فهو من ضمان الاجير ، لانه تسليم عوض على وجه التمليك أشبه البيع .

(فصـــل) اذا دفع الى رجل ثوبا وقال بعه بكذا فما ازددت فهو لك صح ،

نص عليه أحمد فى رواية أحمد بن سعيد . وروى ذلك عن ابن عباس ، وبه قال ابن سيرين وإسحاق ، وكرهه النخعى وحماد وأبو حنيفة والثورى والشافعى وابن المنذر لأنه أجر مجهول يحتمل الوجود والعدم

ولنا ما روى عطاء عن ابن عباس أنه كان لا يرى بأساً أن يعطى الرجل الرجل الثوب أو غيرذلك فيقول بعه بكذا وكذا فما ازددت فهو لك ولا يعرف له فى عصره مخالف ، ولأنها عين تنمى بالعمل فيها أشبه دفع مال المضاربة

إذا ثبت هذا فإن باعه بزيادة فهى له لأنه جعلها أجرة ، وان باعه بالقـــدر المسمى من غير زيادة فلا شيء له لأنه جعل له الزيادة ولا زيادة ههنا فهو كالمضارب إذا لم يربح ، وان باعه بنقص عنه لم يصح البيع لأنه وكيل مخالف ، وإن تعذر رده ضمن النقص . وقد قال أحمد يضمن النقصان مطلقا . وهذا قد مضى مثله فى الوكالة

وإن باعه نسيئة لم يصح البيع ، لأن إطلاق البيع يقتضى النقد لما فى النسيئة من ضرر التأخير والخطر بالمال ليحصل له نفع الربح ، ويفارق المضارب على رواية حيث يجوز له البيع نساء لانه يحصل لرب المـال نفع بما يحصل من الربح فى مقابلة ضرره بالنسيئة ، وههنا لا فائدة لرب المال فى الربح بحال ؛ ولأن مقصود المضاربة تحصيل الربح وهو فى النسيئة أكثر ، وههنا ليس مقصود رب المـال الربح ولا حظ له فيه فلا فائدة له فيه .

وقال أحمد فى رواية الأثرم : ليس له شيء — يعنى اذا زاد على العشرة — لأن الاطلاق إنما اقتضى بيعها حالا ، فإذا باعها نسيئة فلم يمتثل الأمر فلم يستحق شيئاً .

(فصـــل)

قال أحمد رحمه الله فى رواية مهنا : لا بأس أن يحصد الزرع ويصرم النخل بسدس ما يخرج منه ، وهو أحب إلىّ من المقاطعة . انما جاز ههنا لانه اذا شاهده فقد علمه بالرؤية ، وهى أعلى طرق العلم ، ومن علم شيئا علم جزأه المشاع فيكون أجراً معلوما ، واختاره أحمد على المقاطعة مع أنها جائزة ، لأنه ربما لم يخرج من الزرع مثل الذى قاطعه عليه ، وههنا يكون أقل منه ضرورة

« مسألة » قال (وكذلك الظئر)

يعنى أنه يجوز استئجارها بطعامها وكسوتها وقد ذكرنا ذلك والخلاف فيه . وأجمع أهل العلم على جواز استئجار الظئر وهى المرضعة . وهو فى كتاب الله تعالى فى قوله سبحانه وتعالى (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) واسترضع النبي صلى الله عليه وسلم لولده إبراهيم . ولأن الحاجة تدعو إليه فوق دعائها إلى غيره فان الطفل فى العادة إنما يعيش بالرضاع . وقد يتعذر رضاعه من أمه ، فجاز ذلك كالإجارة فى سائر المنافع ، ثم تنظر فان استأجرها للرضاع دون الحضانة أو للحضانة دون الرضاع أو لهما جاز . وان أطلق العقد على الرضاع فهل تدخل فيه الحضانة ؟ فيه وجهان .

أحدهما : لا تدخل . وهو قول أبي ثور وابن المنذر لأن العقد ماتناولها .

والثانى : تدخل . وهو قول أصحاب الرأى . لان العرف جار بأن المرضعة تحضن الصبي فحمل الإطلاق على ما جرى به العرف والعادة ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين .

والحضانة : تربية الصبي وحفظه وجعله فى سريره وربطه ودهنه وكحله وتنظيفه وغسل خرقه وأشباه ذلك . واشتقاقه من الحضن وهو ماتحت الابط ومايليه وسميت التربية حضانة تجوزاً من حضانة الطير لبيضه وفراخه لانه يجعلها تحت جناحيه فسميت تربية الصبي بذلك أخذاً من فعل الطائر .

(فصل) ويشترط لهذا العقد أربعة شروط .

أحدها : أن تكون مدة الرضاع معلومة . لأنه لا يمكن تقديره إلا بها . فإن السقى والعمل فيها يختلف .

الثانى : معرفة الصبي بالمشاهدة . لأن الرضاع يختلف باختلاف الصبي فى كبره وصغره ونهمته وقناعته . وقال القاضى : يعرف بالصفة كالراكب .

الثالث : موضع الرضاع . لانه يختلف فيشق عليها فى بيته ويسهل عليها فى بيتها . الرابع : معرفة العوض وكونه معلوماً كما سبق .

(فصل) واختلف فى المعقود عليه فى الرضاع ، فقيل هو خدمة الصبي وحمله

ووضع الثدي في فمه تبع كالصبغ في إجارة الصباغ وماء البئر في الدار ، لأن اللبن عين من الأعيان فلا يعقد عليه في الإجارة كلبن غير الآدمي ، وقيل هو اللبن . قال القاضي : هو أشبه ، لأنه المقصود دون الخدمة . ولهذا لو أرضعته دون أن تخدمه استحقت الأجرة . ولو خدمته بدون الرضاع لم تستحق شيئا ، ولأن الله تعالى قال (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) فجعل الأجر مرتباً على الارضاع فيدل على أنه المعقود عليه ، ولأن العقد لو كان على الخدمة لما لزمها سقيه لبنها . وأما كونه عينا فإنما جاز العقد عليه في الإجارة رخصة ، لأن غيره لا يقوم مقامه والضرورة تدعو إلى استيفائه ، وإنما جاز هذا في الآدميين دون سائر الحيوان للضرورة إلى حفظ الادمي والحاجة الى إبقائه

(فصل)

وعلى المرضعة أن تأكل وتشرب ما يدر به لبنها ويصلح به : وللمكترى مطالبتها بذلك ، لأنه من تمام التمكين من الرضاع وفي تركه اضرار بالصبي ، ومتى لم ترضعه وانما أسقته لبن الغنم أو أطعمته فلا أجر لها ، لأنها لم توف المعقود عليه فأشبه ما لو اكتراها لخياطة ثوب فلم تخطه : وان دفعته الى خادمتها فأرضعته فكذلك ، وبه قال أبو ثور .

وقال أصحاب الرأي : لها أجرها لان رضاعه حصل بفعلها .

ولنا أنها لم ترضعه فأشبه ما لو سقته لبن الغنم . وان اختلفا فقالت أرضعته فأنكر المسترضع فالقول قولها لانها مؤتمنة

(فصل) ويجوز للرجل أن يؤجر أمته ومدبرته وأم ولده ومن علق عتقها بصفة والمأذون لها في التجارة للإرضاع ، لأنه عقد على منفعتها ، أشبه إجارتها للخدمة ، وليس لواحدة منهن اجارة نفسها ، لان نفعها لسيدها ، وان كان لها ولد لم تجز اجارتها للارضاع الا أن يكون فيها فضل عن ربه ، لان الحق لولدها وليس لسيدها الا ما فضل عنه . وان كانت مزوجة لم تجز اجارتها لذلك الا باذنه . لانه يفوت حق الزوج لاشتغالها عنه بإرضاع الصبي وحضانته . فإن أجرها للرضاع ثم زوجها صح النكاح ولا ينفسخ عقد الاجارة ويكون للزوج أن يستمتع بها

فى حال فراغها من الرضاع والحضانة . وقال مالك : ليس لزوجها وطؤها الا برضى المستأجر لانه ينقص اللبن وقد يقطعه

ولنا : أن وطء الزوج مستحق فلا يسقط لامر مشكوك فيه وليس للسيد اجارة مكاتبته لان منافعها اليها ولذلك لم يملك سيدها تزويجها ولا وطأها ولا اجارتها فى غير الرضاع ولها أن تؤجر نفسها لانه من جهات الاكتساب

(فصل) ويجوز للرجل استئجار أمته وأخته وابنته لرضاع ولده وكذلك سائر أقاربه بغير خلاف ، وان استأجر امرأته لرضاع ولده منها جاز، هذا الصحيح من مذهب أحمد وذكره الخرقى فقال : وان أرادت الام أن ترضعه بأجر مثلها فهى أحق به من غيرها ، سواء كانت فى حبال الزوج أو مطلقة

وقال القاضى : ليس لها ذلك ، وتأول كلام الخرقى على أنها فى حبال زوج آخر ، وهذا قول أصحاب الرأى

وحكى عن الشافعى لانه قد استحق حبسها والاستمتاع بها بعوض ، فلا يجوز أن يلزمه عوض آخر لذلك .

ولنا أن كل عقد يصح أن تعقد مع غير الزوج يصح أن تعقده معه كالبيع . ولان منافعها فى الرضاع والحضانة غير مستحقة للزوج ، بدليل أنه لا يملك اجبارها على حضانة ولدها ، ويجوز لها أن تأخذ عليها العوض من غيره ، فجاز لها أخذه منه كثمن مالها

وقولهم انها استحقت عوض الحبس والاستمتاع . قلنا هذا غير الحضانه واستحقاق منفعة من وجه لا يمنع استحقاق منفعة سواها بعوض آخر ، كما لو استأجرها أولا ثم تزوجها ، وتأويل القاضى كلام الخرقى يخالف الظاهر من وجهين : أحدهما أن الالف واللام فى الزوج للمعهود وهو زوجها أبو الطفل

والثانى أنها اذا كانت فى حبال زوج آخر لا تكون أحق به ، بل يسقط حقها من الحضانة ، ثم ليس لها أن ترضع الا باذن زوجها ، ففسد التأويل

(فصل) وتنفسخ الاجارة بموت المرضعة لفوات المنفعة بهلاك محلها ، وحكى عن أبى بكر أنها لا تنفسخ ، ويجب فى مالها أجر من ترضعه تمام الوقت لانه كالدين

ولنا أنه هلك المعقود عليه ، أشبه ما لو هلكت البهيمة المستأجرة ، وان مات الطفل انفسخ العقد ، لانه يتعذر استيفاء المعقود عليه ، لانه لا يمكن اقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان فى الرضاع واختلاف اللبن باختلافهم ، فإنه قد يدر على أحد الولدين دون الآخر . وهذا منصوص الشافعى : واذا انفسخ العقد عقيبه بطلت الاجارة من أصلها ورجع المستأجر بالاجر كله . وان كان فى أثناء المدة رجع بحصة ما بقى

« مسألة » قال (ويستحب أن تعطى عند الفطام عبداً أو أمة كما جاء فى الخبر اذا كان المسترضع موسراً)

يعنى بالخبر ما روى أبو داود بإسناده عن هشام بن عروة عن أبيه عن حجاج ابن حجاج الاسلمى عن أبيه قال . قلت يارسول الله : مايذهب عنى مذمة الرضاع؟ قال « الغرة العبد أو الامة » قال الترمذى هذا حديث حسن صحيح

قال ابن الجوزى : المذمة بكسر الذال من الذمام وبفتحها من الذم ، قال ابن عقيل . انما خص الرقبة بالمجازاة بها دون غيرها . لان فعلها فى ارضاعه وحضانته سبب حياته وبقائه وحفظ رقبته ، فاستحب جعل الجزاء هبتها رقبة ليناسب بين النعمة والشكر ، ولهذا جعل الله تعالى المرضعة أماً ، فقال تعالى (وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وقال النبى صلى الله عليه وسلم « لا يجزى ولد والده الا أن يجده مملوكاً فيعتقه » وان كانت المرضعة مملوكة استحب اعتاقها . لانه يحصل أخص الرقاب بها لها ، وتحصل به المجازاة التى جعلها النبى (ص) مجازاة للوالد من النسب

« مسأله » قال (ومن اكترى دابة الى موضع فجاوزه فعليه الاجرة المذكورة وأجرة المثل لما جاوز . وان تلفت فعليه أيضا قيمتها)

الكلام فى هذه المسألة فى فصلين :

أحدهما فى الاجر الواجب وهو المسمى وأجر المثل للزائد ، نص عليه أحمد ولا خلاف فيه بين أصحابنا — ذكر القاضى ذلك — وروى الاثرم بإسناده عن أبى الزناد أنه ذكر عن فقهاء المدينة السبعة وقال ربما اختلفوا فى الشىء فأخذنا بقول

أكثرهم وأفضلهم رأياً فكان الذي وعيت عنهم على هذه الصفة : أن من اكترى دابة الى بلد ثم جاوز ذلك الى بلد سواه ، فإن الدابة إن سلمت فى ذلك كله أدى كراءها وكراء ما بعدها ، وإن تلفت فى تعديها ضمنها وأدى كراءها الذي تكاراها به . وهذا قول الحكم وابن شبرمة والشافعي

وقال الثوري وأبو حنيفة لا أجر عليه لما زاد : لأن المنافع عندهما لا تضمن فى الغصب . وحكي عن مالك أنه إذا تجاوز بها إلى مسافة بعيدة يخير صاحبها بين أجر المثل وبين المطالبة بقيمتها يوم التعدي : لأنه متعد بإمساكها حابس لها عن أسواقها فكان لصاحبها تضمينها إياه

ولنا أن العين باقية بحالها يمكن أخذها فلم تجب قيمتها ، كما لو كانت المسافة قريبه : وما ذكره تحكم لا دليل عليه ولا نظير له فلا يجوز المصير اليه ، وقد مضى الكلام مع أبي حنيفة فى الغصب

(الفصل الثاني فى الضمان)

ظاهر كلام الخرقي وجوب قيمتها إذا تلفت به . سواء تلفت فى الزيادة أو بعد ردها إلى المسافة ، وسواء كان صاحبها مع المكتري أو لم يكن ، وهذا ظاهر مذهب الفقهاء السبعه إذا تلفت حال التعدي لما حكينا عنهم . وقال القاضي : ان كان المكتري نزل عنها وسلمها الى صاحبها ليمسكها أو يسقيها فتلفت فلا ضمان على المكتري ، وان هلكت والمكتري راكب عليها أو حمله عليها فعليه ضمانها .

وقال أبو الخطاب : ان كانت يد صاحبها عليها احتمل أن يلزم المكتري جميع قيمتها واحتمل أن يلزمه نصف قيمتها

وقال أصحاب الشافعي : ان لم يكن صاحبها معها لزم المكتري قيمتها كلها ، وان كان معها فتلفت فى يد صاحبها لم يضمنها المكتري لأنها تلفت فى يد صاحبها أشبه ما لو تلفت بعد مدة التعدي ، وان تلفت تحت الراكب ففيه قولان

أحدهما يلزمه نصف قيمتها لأنها تلفت بفعل مضمون وغير مضمون ، أشبه ما لو تلفت بجراحته وجراحة مالكها

والثانى تقسط القيمة على المسافتين فما قابل مسافة الاجارة سقط ووجب الباقى ونحو هذا قول أبى حنيفه فإنه قال : من اكترى جملا لحمل تسعة فحمل عشرة فتلف فعلى المكترى عشر قيمته ، وموضع الخلاف فى لزوم كمال القيمة اذا كان صاحبها مع راكبها أو تلفت فى يد صاحبها .

فأما اذا تلفت حال التعدى ولم يكن صاحبها مع راكبها فلا خلاف فى ضمانها بكمال قيمتها لأنها تلفت فى يد عاديه فوجب ضمانها كالمغصوب به . وكذلك اذا تلفت تحت الراكب أو تحت حمله وصاحبها معها ، لأن اليد للراكب وصاحب الحمل بدليل أنهما لو تنازعا دابة أحدهما راكبها أو له عليها حمل والآخر آخذ بزمامها لكانت للراكب واصاحب الحمل ، ولأن الراكب متعد بالزيادة وسكوت صاحبها لا يسقط الضمان ، كمن جلس الى انسان فخرق ثيابه وهو ساكت ، ولأنها ان تلفت بسبب تعبها فالضمان على المتعدى ، كمن ألقى حجراً فى سفينة موقرة فغرقها . فأما ان تلفت فى يد صاحبها بعد نزول الراكب عنها فينظر . فإن كان تلفها بسبب تعبها بالحمل والسير فهو كما لو تلفت تحت الحمل والراكب ، وان تلفت بسبب آخر من افتراس سبع أو سقوط فى هوة ونحو ذلك فلا ضمان فيها لأنها لم تتلف فى يد عاديه ولا بسبب عدوان

وقولهم تلفت بفعل مضمون وغير مضمون أشبه ما لو تلفت بجراحتين يبطل بما اذا قطع السارق ثم قطع آخر يده عدوانا فمات منهما ، وفارق ما اذا جرح نفسه وجرحه غيره لأن الفعلين عدوان فقسم الضمان عليهما

(فصـــل)

ولا يسقط الضمان بردها الى المسافه ، وبه قال أبو حنيفه وأبو يوسف والشافعى . وقال محمد : يسقط كما لو تعدى فى الوديعه ثم ردها

ولنا أنها يد ضامنه فلا يزول الضمان عنها الا باذن جديد ولم يوجد ، وما ذكروه فى الوديعه لا نسلمه الا أن يردها الى مالكها أو يجدد له اذنا

« مسألة » قال (وكذلك ان اكترى لحمولة شيء فزاد عليه)

وجملة ذلك أن من اكترى لحمل شيء فزاد عليه ، مثل أن يكتريها لحمل قفيزين فحمل ثلاثة ، فحكمه حكم من اكترى الى موضع فجاوزه الى سواه فى وجوب

الأجر المسمى وأجر المثل لما زاد ولزوم الضمان إن تلفت ، هذا قول الشافعي وحكى القاضي ان قول أبي بكر في هذه المسألة وجوب أجر المثل في الجميع وأخذه من قوله فيمن استأجر أرضاً ليزرعها شعيراً فزرعها حنطة قال عليه أجر المثل للجميع لأنه عدل عن المعقود عليه إلى غيره فأشبه ما لو استأجر أرضاً فزرع أخرى فجمع القاضي رحمه الله بين مسألة الحرق ومسألة أبي بكر وقال ينقل قول كل واحد من إحدى المسألتين إلى الأخرى لتساويهما في أن الزيادة لا تتميز فيكون في المسألتين وجهان . وليس الأمر كذلك فإن بين المسألتين فرقاً ظاهراً فإن الذي حصل التعدي فيه في الحمل متميز عن المعقود عليه وهو القفيز الزائد بخلاف الزرع ، ولأنه في مسألة الحمل استوفى المنفعة المعقود عليها وزاد وفي الزرع لم يزرع ما وقع العقد عليه ولهذا علله أبو بكر بأنه عدل عن المعقود عليه . ولا يصح هذا القول في مسألة الحمل فإنه قد حمل المعقود عليه وزاد عليه بل إلحاق هذه المسألة بما إذا اكترى مسافة وزاد عليها أشد وشبهها بها أشد ، ولأنه في مسألة الحمل متعد بالزيادة وحدها وفي مسألة الزرع متعد بالزرع كله فأشبه الغاصب .

فأما مسألة الزرع فيما إذا اكترى أرضاً لزرع الشعير فزرع حنطة فقد نص أحمد في رواية عبدالله فقال ينظر ما يدخل على الأرض من النقصان ما بين الحنطة والشعير فيعطى رب الأرض فجعل هذه المسألة كمسألتي الحرق في إيجاب المسمى وأجر المثل للزائد ووجهه أنه لما عين الشعير لم يتعين ولم يتعلق العقد بعينه كما سبق ذكره ، ولهذا قلنا له زرع مثله وما هو دونه في الضرر فإذا زرع حنطة فقد استوفى حقه وزيادة أشبه ما لو اكتراها إلى موضع فجاوزه ، وقال أبو بكر له أجر المثل وعلله بأنه عدل عن المعقود عليه فإن الحنطة ليست شعيراً وزيادة ، وإن قلنا إنه قد استوفى المعقود عليه وزيادة غير أن الزيادة ليست متميزة عن المعقود عليه بخلاف مسألتي الحرق ، وقال الشافعي : المكترى يخير بين أخذ الكراء وما نقصت الأرض عما ينقصها الشعير وبين أخذ كراء مثلها للجميع لأن هذه المسألة أخذت شبها من أصلين .

أحدهما . إذا ركب دابة فجاز بها المسافة المشروطة لكونه استوفى المعقود عليه وزيادة .

والثانى : إذا استأجر أرضاً فزرع غيرها لانه زرع متعديا فلهذا خيره بينهما ، ولانه وجد سبب يقتضى كل واحد من الحكمين وتعذر الجمع بينهما فكان له أوفرهما وفوض اختياره إلى المستحق كقتل العمد ؛ ومن نصر أبا بكر قال هذا متعد بالزرع كله فكان عليه أجر المثل كالغاصب ولهذا يملك رب الارض منعه من زرعه ويملك أخذه بنفقته إذا زرعه ، ويفارق من زاد على حقه زيادة متميزة فإنه غير متعد بالجميع انما تعدى بالزيادة وحدها ولهذا لا يملك المكرى منعه من الجميع ، ونظير هاتين المسألتين من اكترى غرفة ليجعل فيها أقفزة حنطة فترك فيها أكثر منها ، ومن اكتراها ليجعل فيها قنطاراً من القطن فجعل فيها قنطاراً من حديد ففى الاولى له المسمى وأجر الزيادة وفى الثانية يخرج فيها من الخلاف مثل ما قلنا فى مسألة الزرع ، وحكم المستأجر الذى يزرع أضر مما اكترى له حكم الغاصب لرب الارض منعه فى الابتداء لما يلحقه من الضرر فإن زرع فرب الارض مخير بين ترك الزرع بالاجر وبين أخذه ودفع النفقة وان لم يعلم حتى أخذ المستأجر زرعه فله الاجرة لا غير على ما ذكرنا فى باب الغصب .

فصل

وان اكترى دابة الى مسافة فسلك أشق منها فهى مثل مسألة الزرع يخرج فيها وجهان قياس المنصوص عن أحمد أن له الاجر المسمى وزيادة لكون المسافة لا تتعين على قول أصحابنا وقياس قول أبى بكر ان له أجر المثل لان الزيادة غير متميزة ، ولانه متعد بالجميع بدليل أن لرب الدابة منعه من سلوك تلك الطريق كلها بخلاف من سلك تلك الطريق وجاوز فإنه انما يمنعه الزيادة لا غير ، وان اكترى لحمل قطن فحمل بوزنه حديداً أو لحمل حديد فحمل قطنا فالصحيح أن عليه أجر المثل ههنا لان ضرر أحدهما مخالف لضرر الارض فلم يتحقق كون المحمول مشتملا على المستحق بعقد الاجارة وزيادة عليه بخلاف ما قبلها من المسائل ، وسائر مسائل العدوان فى الاجارة يقاس على ما ذكرنا من المسائل ما كان متميزاً وما لم يكن متميزاً فتلحق كل مسألة بنظيرتها والله أعلم .

(فصل) اذا أكراه لحمل قفيزين فحملهما فوجدهما ثلاثة فإن كان المكترى تولى الكيل ولم يعلم المكرى بذلك فحكمه حكم من اكترى لحمولة شىء فزاد عليه

وإن كان المكرى تولى كيله وتعبئته ولم يعلم المكترى فهو غاصب لا أجر له فى حمل الزائد ، وان تلفت دابته فلا ضمان لها لانها تلفت بعدوان صاحبها وحكمه فى ضمان الطعام حكم من غصب طعام غيره ، وان تولى ذلك أجنبي ولم يعلم المكرى والمكترى فهو متعد عليهما يلزمه لصاحب الدابة الاجر ويتعلق به الضمان ويلزمه لصاحب الطعام ضمان طعامه وسواء كاله أحدهما ووضعه الآخر على ظهر الدابة أو كان الذى كاله وعباه وضعه على ظهرها ، وقال أصحاب الشافعى فى أحد الوجهين اذا كاله المكترى ووضعه المكرى على ظهر البهيمة لا ضمان على المكترى لان المكرى مفرط فى حمله .

ولنا أن التدليس ليس من المكترى اذ أخبره بكيلها على خلاف ما هو به فلزمه الضمان كما لو أمر أجنبيا بتحميلها فأما ان كالها المكترى ورفعها المكرى على الدابة عالما بكيلها لم يضمن المكترى دابته اذا تلفت لانه فعل ذلك من غير تدليس ولا تغرير ، وهل له أجر القفيز الزائد ؟ يحتمل وجهين .

أحدهما : لا أجر له لان المكترى لم يجعل له على ذلك أجراً .

والثانى : له أجر الزائد لانهما اتفقا على حمله على سبيل الإجارة فجرى مجرى المعاطاة فى البيع ودخول الحمام من غير تقدير أجره ، وان كاله المكرى وحمله المكترى على الدابة عالما بذلك من غير أن يأمره بحمله عليها فعليه أجر القفيز الزائد ، وان أمره بحمله عليها ففى وجوب الاجر وجهان كما لو حمله المكرى عليها لانه اذا أمر به كان ذلك كفعله ، وان كاله أحدهما وحمله أجنبي بأمره فهو كما لو حمله الذى كاله ، وان كان بأمر الآخر فهو كما لو حمله الآخر وان حمله بغير أمرهما فهو كما لو كاله ثم حمله .

« مسألة » قال (ولا يجوز أن يكترى مدة غزاته)

هذا قول أكثر أهل العلم منهم : الأوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى ، وقال مالك . قد عرف وجه ذلك وأرجو أن يكون خفيفا .

ولنا أن هذه اجارة فى مدة مجهولة وعمل مجهول فلم يجز كما لو أكراها لمدة سفره فى تجارته ، ولان مدة الغزاة تطول وتقصر ولا حد لها تعرف به والعمل فيها

يقل ويكثر ونهاية سفرهم تقرب وتبعد فلم يجز التقدير بها كغيرها من الأسفار المجهولة فإن فعل ذلك فله أجر المثل لانه عقد على عوض لم يسلم له لفساد العقد فوجب أجر المثل كسائر الإجارات الفاسدة .

« مسألة » قال (فإن سمى لكل يوم شيئاً معلوما فجائز)

وجملته أن من اكترى فرسا مدة غزوه كل يوم بدرهم فالمنصوص عن أحمد صحته ، وقال الشافعي هذا فاسد ، لان مدة الإجارة مجهولة .

ولنا أن عليا رضي الله عنه أجر نفسه كل دلو بتمرة وكذلك الانصاري ولم ينكره النبي صلى الله عليه وسلم ، ولان كل يوم معلوم مدته وأجرته فصح كما لو قال أجرتكها شهراً كل يوم بدرهم أو قال استأجرتك لنقل هذه الصبرة كل قفيز بدرهم ، ولا بد من تعيين ما يستأجر له إما لركوب أو حمل معلوم ، ويستحق الاجر المسمى لكل يوم سواء كانت مقيمة أو سائرة ، لأن المنافع ذهبت في مدته فأشبه ما لو اكترى داراً فأغلقها ولم يسكنها ، وإن أجر نفسه لسقي نخل كل دلو بتمرة أو بفلس أو أجر معلوم جاز للأثر الوارد فيه ، ولان كل عمل معلوم له عوض معلوم فجاز كما لو سمى دلاء معروفة ، ولا بد من معرفة الدلو والبئر وما يستسقى به لان العمل يختلف به .

(فصل) ونقل أبو الحارث عن أحمد في رجل استأجر دابة في عشرة أيام بعشرة دراهم فإن حبسها أكثر من ذلك فله بكل يوم درهم فهو جائز ، ونقل ابن منصور عنه فيمن اكترى دابة من مكة إلى جدة بكذا فإن ذهب إلى عرفات بكذا فلا بأس ، ونقل عبد الله عنه لو قال اكريتكها بعشرة فما حبستها فعليه كل يوم عشرة ، وهذه الروايات تدل على أن مذهبه إنه متى قدر لكل عمل معلوم أجراً معلوما صح ويتأول القاضي هذا كله على أنه يصح في الاول ويفسد في الثاني لان مدته غير معلومة فلم يصح العقد فيه كما لو قال استأجرتك لتحمل لي هذه الصبرة وهي عشرة أقفزة بدرهم وما زاد فبحساب ذلك ، والظاهر خلاف هذا فإن قوله : فهو جائز عاد إلى جميع ما ذكر قبله وكذلك قوله لا بأس ، ولان لكل عمل عوضا معلوما فصح كما لو استقى له كل دلو بتمرة وقد ثبت الاصل بالخبر الوارد فيه ،

ومسألة الصبرة لا نص فيها عن الإمام وقياس نصوصه صحة الإجارة وإن سلم فسادها فلأن القفزان التي شرط حملها غير معلومة بتعيين ولا صفة وهي مختلفة فلم يصح العقد لجهالتها بخلاف الايام فإنها معلومة .

(فصل) وإن قال ان خطت هذا الثوب اليوم فلك درهم وإن خطته غدا فلك نصف درهم فعن أحمد فيه روايتان : احداهما . لا يصح وله أجر المثل ، نقلها أبو الحارث عن أحمد وهذا مذهب مالك والثوري والشافعي واسحاق وأبي ثور لانه عقد واحد اختلف فيه العوض بالتقديم والتأخير فلم يصح كما لو قال بعتك نقداً بدرهم أو بدرهمين نسيئة ، والثانية : يصح وهو قول الحارث العكلي وأبي يوسف ومحمد ، لانه سمى لكل عمل عوضا معلوما فصح كما لو قال كل دلو بتمرة .

وقال أبو حنيفة : ان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غداً لا يزاد على درهم ولا ينقص عن نصف درهم لان المؤجر قد جعل له نصف درهم فلا ينقص منه وهو قد رضي في أكثر العملين بدرهم فلا يزاد عنه ، وهذا لا يصح لانه ان صح العقد فله المسمى وان فسد فوجوده كالعدم ويجب أجر المثل كسائر العقود الفاسدة .

(فصل) وان قال ان خطته روميا فلك درهم ، وان خطته فارسيا فلك نصف درهم ففيها وجهان بناء على التي قبلها والخلاف فيها كالتي قبلها لان أبا حنيفة وافق صاحبيه في الصحة ههنا .

ولنا أنه عقد معاوضة لم يتعين فيه العوض ولا المعوض فلم يصح كما لو قال بعتك هذا بدرهم أو هذا بدرهمين ، وفارق هذا كل دلو بتمرة من وجهين :

أحدهما : أن العمل الثاني ينضم الى العمل الاول ولكل واحد منهما عوض مقدر فأشبه ما لو قال بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم وههنا الخياطة واحدة شرط فيها عوضا ان وجدت على صفة وعوضا آخر ان وجدت على أخرى فأشبه ما لو باعه بعشرة صحاح أو احدى عشرة مكسرة ، والثاني : أنه وقف الاجارة على شرط بقوله ان خطته كذا فلك كذا وان خطته كذا فلك كذا بخلاف قوله كل دلو بتمرة

(فصل) ونقل مهنا عن أحمد فيمن استأجر من حمال الى مصر بأربعين دينارا فإن نزل دمشق فكراؤه ثلاثون فإن نزل الرقة فكراؤه عشرون فقال اذا اكترى

إلى الرقة بعشرين وا كترى إلى دمشق بعشرة وا كترى الى مصر بعشرة جاز ولم يكن للحمال أن يرجع ، فظاهر هذا أنه لم يحكم بصحه العقد الأول لانه فى معنى بيعتين فى بيعة لكونه خيره بين ثلاثة عقود ، ويخرج فيه أن يصح بناء على المسألتين قبل هذا، ونقل البرزاطى عن أحمد فى رجل استأجر رجلا يحمل له كتابا الى الكوفة وقال إن وصلت الكتاب يوم كذا وكذا فلك عشرون وان تأخرت بعد ذلك بيوم فلك عشرة فالاجارة فاسدة وله أجر مثله وهذا مثل الذى قبله ، ونقل عبدالله فيمن ا كترى دابة وقال إن رددتها غداً فكراؤها عشرة وإن رددتها اليوم فكراؤها خمسة فلا بأس ، وهذه الرواية تدل على صحة الاجارة والظاهر عن أحمد فى رواية الجماعة فيما ذكرنا فساد العقد وهو قياس بيعتين فى بيعة والله أعلم .

فصل فى مسائل الصبرة وفيها عشر مسائل

أحدها : قال استأجرتك لتحمل لى هذه الصبرة الى مصر بعشرة فالاجارة صحيحة بغير خلاف نعلمه لأن الصبرة معلومة بالمشاهدة التى يجوز بيعها بها فجاز الاستئجار عليها كما لو علم كيلها .

الثانية : قال استأجرتك لتحملها لى كل قفيز بدرهم فيصح أيضا ، وبه قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : يصح فى قفيز ويبطل فيما زاد ومبنى الخلاف على الخلاف فى بيعها وقد ذكرناه .

الثالثة : قال لتحملها لى قفيزاً بدرهم وما زاد فبحساب ذلك فيجوز كما لو قال كل قفيز بدرهم ، وكذلك كل لفظ يدل على إرادة حمل جميعها ، كقوله لتحمل منها قفيزاً بدرهم وسائرها أو باقيها بحساب ذلك أو قال وما زاد بحساب ذلك يريد به باقيها كله إذا فهما ذلك من اللفظ لدلالته عندهما عليه أو لقرينة صرفت اليه .

الرابعة : قال لتحمل منها قفيزاً بدرهم وما زاد فبحساب ذلك يريد مهما حملت من باقيها فلا يصح ، ذكره القاضى وهو مذهب الشافعى لأن المعقود عليه بعضها وهو مجهول ، ويحتمل أن يصح لانه فى معنى كل دلو بتمرة .

الخامسة : قال لتنقل لى منها كل قفيز بدرهم فهى كالرابعة سواء .

السادسة : قال لتحمل منها قفيزاً بدرهم على أن تحمل الباقى بحساب ذلك فلا يصح

لأنه فى معنى بيعتين فى بيعة ، ويحتمل أن يصح لأن معناه لتحمل لى كل قفيز بدرهم

السابعة : قال لتحمل لى هذه الصبرة كل قفيز بدرهم وتنقل لى صبرة أخرى فى البيت بحساب ذلك فإن كانا يعلمان الصبرة التى فى البيت بالمشاهدة صح فيهما لأنهما كالصبرة الواحدة وان جهلها أحدهما صح فى الاولى وبطل فى الثانية لأنهما عقدان أحدهما على معلوم والثانى على مجهول فصح فى المعلوم وبطل فى المجهول كما لو قال بعتك عبدى هذا بعشرة وعبدى الذى فى البيت بعشرة .

الثامنة : قال لتحمل لى هذه الصبرة والتى فى البيت بعشرة فإن كانا يعلمان التى فى البيت صح فيهما وان جهلاها بطل فيهما لأنه عقد واحد بعوض واحد على معلوم ومجهول بخلاف التى قبلها فإن كانا يعلمان التى فى البيت لكنها مغصوبة أو امتنع تصحيح العقد فيها لمانع اختص بها بطل العقد فيها ، وفى صحته وفى صحة الأخرى وجهان بناء على تفريق الصفقة إلا أنهما ان كانت قفزانهما معلومة أو قدر أحدهما معلوم من الأخرى فالأولى صحته لان قسط الاجر فيها معلوم وان لم يكن كذلك فالاولى بطلانه لجهالة العوض فيها .

التاسعة : قال لتحمل لى هذه الصبرة وهى عشرة أقفزة بدرهم فان زادت على ذلك فالزائد بحساب ذلك صح فى العشرة لأنها معلومة ولم يصح فى الزيادة لأنها مشكوك فيها ولا يجوز العقد على مايشك فيه .

العاشرة : قال لتحمل لى هذه الصبرة كل قفيز بدرهم فإن قدم لى طعام فحملته فبحساب ذلك صح أيضا فى الصبرة وفسد فى الزيادة لما ذكرناه .

« مسألة » قال ﴿ ومن اكترى إلى مكة فلم يرى الجمال الراكبين والمحامل والاغطية والاوطئة لم يجز الكراء ﴾

أجمع أهل العلم على إجازة كراء الإبل الى مكة وغيرها ، وقد قال الله تعالى (والخيل والبغال والحمير لتركبوها) ولم يفرق بين المملوكة والمكتراة ، وروى عن ابن عباس فى قوله تعالى (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم) أن تحج وتكرى ونحوه عن ابن عمر ، ولأن بالناس حاجة الى السفر وقد فرض الله تعالى عليهم الحج وأخبر أنهم يأتون رجالا وعلى كل ضامر يأتين من كل فج عميق

وليس لكل أحد بهيمة يملكها ولا يقدر على معاناتها والقيام بها والشد عليها فدعت الحاجة الى استئجارها لجاز دفعا للحاجة .

إذا ثبت هذا : فمن شرط صحة العقد معرفة المتعاقدين ما عقدا عليه لأنه عقد معاوضة محضة فكان من شرطه المعرفة للمعقود عليه كالبيع .

فأما الجمال فيحتاج الى معرفة الراكبين والآلة التي يركبون فيها من محمل أو محارة وغيرها ، وان كان مقتبا ذكره ، وهل يكون مغطى أو مكشوفا ؟ فان كان مغطى احتيج الى معرفة الغطاء ، ويحتاج الى معرفة الوطاء الذي يوطأ به المحمل والمعاليق التي معه من قربة وسطيحة وسفرة ونحوها ، وذكر سائر ما يحمل معه وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر إلا أن الشافعي قال يجوز إطلاق غطاء المحمل لأنه لا يختلف اختلافا متباينا ، وحكى عنه في المعاليق قول أنه يجوز إطلاقها وتحمل على العرف ، وحكى عن مالك أنه يجوز إطـلاق الراكبين لأن أجسام الناس متقاربة في الغالب .

وقال أبو حنيفة : إذا قال في المحمل رجلان وما يصلحهما من الوطاء والدثر جاز استحسانا لأن ذلك يتقارب في العادة فحمل على العادة كالمعاليق ، وقال القاضي في غطاء المحمل كقول الشافعي .

ولنا أن هذا يختلف ويتباين كثيراً فاشترطت معرفته كالطعام الذي يحمل معه ، وقولهم : إن أجسام النـــاس متقاربة لا يصح فإن منهم الكبير والصغير والطويل والقصير والسمين والهزيل والذكر والانثى ويختلفون بذلك ويتباينون كثيراً . ويتفاوتون أيضا في المعاليق ، فمنهم من يكثر الزاد والحوائج ومنهم من يقنع باليسير ولا عرف له يرجع اليه فاشترطت معرفته كالمحمل والاوطئة ، وكذلك غطاء المحمل من الناس من يختار الواسع الثقيل الذي يشتد على الجمل في الهواء ؛ ومنهم من يقنع بالضيق الخفيف فتجب معرفته كسائر ما ذكرنا .

وأما المستأجر فيحتاج الى معرفة الدابة التي يركب عليها لان الغرض يختلف بذلك ، وتحصل بأحد أمرين : إما بالرؤية فيكتفى بها لانها أعلى طرق العلم إلا أن يكون مما يحتاج إلى معرفة صفة المسمى فيه كالرهوال وغيره ، فأما أن يجربه فيعلم ذلك برؤيته ، وإما أن يصفه ، واما بالصفة فإذا وجدت اكتفى بها لأنه يمكن

ضبطه بالصفة لجاز العقد عليه كالبيع واذا استأجر بالصفة للركوب احتاج الى ذكر الجنس فيقول ابل أو خيل أو بغال أو حمير ، والنوع فيقول بختى أو عربى وفى الخيل عربى أو برذون ، وفى الحمير مصرى أو شامى : وان كان فى النوع ما يختلف كالمهملاج من الخيل والقطوف احتيج الى ذكره .

وذكر القاضى أنه يحتاج الى معرفة الذكورية والأنوثية وهو مذهب الشافعى لأن الغرض يختلف بذلك فإن الانثى أسهل والذكر أقوى ، ويحتمل أنه لايحتاج الى معرفة ذلك لأن التفاوت فيه يسير ، ومتى كان الكراء الى مكة فالصحيح أنه لا يحتاج الى ذكر الجنس ولا النوع لان العادة أن الذى يحمل عليه فى طريق مكة انما هو الجمال العراب دون البخاتى .

فصل

واذا كان الكراء الى مكة أو طريق لا يكون السير فيه اختيارالى المتكاريين فلا وجه لذكر تقدير السير فيه لأن ذلك ليس اليهما ولا مقدور عليه لهما ، وان كان فى طريق السير فيه اليهما استحب ذكر قدر السير فى كل يوم ، فإن أطلق وللطريق منازل معروفة جاز العقد عليه مطلقا لأنه معلوم بالعرف ومتى اختلفا فى ذلك وفى ميقات السير ليلا أو نهاراً أو فى موضع المنزل، أما فى داخل البلد أو خارج منه حملا على العرف كما لو أطلقا الثمن فى بلد فيه نقد معروف ، وان لم يكن للطريق عرف وأطلقا العقد ، فقال القاضى . لا يصح كما لو أطلقا الثمن فى بلد لا عرف فيه ، والاولى أن هذا ليس بشرط لانه لو كان شرطا لما صح العقد بدونه فى الطريق المخوف ولانه لم تجر العادة بتقدير السير فى طريق ، ومتى اختلفا رجع الى العرف فى غير تلك الطريق .

(فصل) وان اشترط حمل زاد مقدر كمائة رطل نظرنا فإن شرط أنه يبدل منها ما نقص بالاكل أو غيره فله ذلك ، وان شرط أن ما نقص بالاكل لا يبدله لم يكن له ابداله فإن ذهب بغير الاكل كسرقة أو سقوط فله ابداله لان ذلك لم يدخل فى شرطه ، وان أطلق العقد فله ابدال ما ذهب بسرقة أو سقوط أو أكل غير معتاد بغير خلاف ، وان نقص بالأكل المعتاد فله ابداله أيضا لأنه استحق حمل مقدار معلوم فملك ابدال ما نقص منه كما لو نقص بسرقة .

ويحتمل أنه لا يملك ابداله لان العرف جار بأن الزاد ينقص فلا يبدل لحمل العقد عند الإطلاق على العرف وصار كالمصرح به ، وقال الشافعي القياس أن له ابداله ، ولو قيل ليس له ابداله كان مذهبا لان العادة أن الزاد لا يبقى جميع المسافة ولذلك يقل أجره عن أجر المتاع .

فصـــل

واذا اكترى جملا ليحج عليه فله الركوب عليه الى مكة ومن مكة الى عرفة والخروج عليه الى منى لأنه من تمام الحج : وقيل ليس له الركوب الى منى لأنه بعد التحلل من الحج ، والأولى أن له ذلك لأنه من تمام الحج وتوابعه ولذلك وجب على من وجب عليه دون غيره فدخل فى قول الله تعالى (ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا) .

ومن اكترى الى مكة فقط فليس له الركوب الى الحج لأنها زيادة ، ويحتمل أن له ذلك لان الكراء الى مكة عبارة عن الكراء للحج لكونها لا يكترى اليها الا للحج غالبا فكان بمنزلة المكترى للحج .

(فصل) فيما يلزم المكرى والمكترى للركوب : يلزم المكرى كل ماجرت العادة أن يوطأ به المركوب للراكب من الحداجة للجمل والقتب والزمام الذى يقاد به البعير والبرة التى فى أنف البعير ان كانت العادة جارية بينهم بها وان كان فرسا فاللجام والسرج ، وان كان بغلا أو حمارا فالبرذعه والإكاف لان هذا هو العرف لحمل الاطلاق عليه ، وعلى المكترى ما يزيد على ذلك كالمحمل والمحارة والحبل الذى يشد به بين المحملين أو المحارتين ، لان ذاك من مصلحة المحمل والوطاء الذى يشد فوق الحداجة تحت المحل ، وعلى المكرى رفع المحمل على الجمل ورفع الأحمال وشدها وحطها ، لأن هذا هو العرف وبه يتمكن من الركوب ، ويلزمه القائد والسائق ، هذا اذا كان الكراء على أن يذهب مع المكترى : وان كان على أن يتسلم الراكب البهيمة يركبها لنفسه فكل ذلك عليه ، لان الذى على المكرى تسليم البهيمة وقد سلمها ، وأما الدليل فهو على المكترى ، لان ذلك خارج عن البهيمة المكتراة وآلتها فلم يلزمه كالزاد ، وقيل ان كان اكترى منه بهيمة بعينها فأجرة الدليل على المكترى ، لان الذى عليه أن يسلم الظهر وقد سلمه

وإن كانت على حمله إلى مكان معين فى الذمة فهو على المكرى لأنه من مؤنة إيصاله إليه وتحصيله فيه .

(فصل) وإذا كان الراكب ممن لا يقدر على الركوب والبعير قائم كالمرأة والشيخ والضعيف والسمين وشبههم فعلى الجمال أن يبرك الجمل لركوبه ونزوله لأنه لا يتمكن من الركوب والنزول إلا به ، وإن كان ممن يمكنه الركوب والنزول والبعير قائم لم يلزم الجمال أن يبرك له الجمل لأنه يمكن استيفاء المعقود عليه بدون هذه الكلفة ، وإن كان قويا حال العقدفضعف فى أثنائه أو ضعيفا فقوى فالاعتبار بحال الركوب ، لأن العقد اقتضى ركوبه بحسب العادة .

ويلزم الجمال أن يقف البعير لينزل لصلاة الفريضة وقضاء حاجة الإنسان وطهارته ويدع البعير واقفا حتى يفعل ذلك لأنه لا يمكنه فعل شىء من هذا على ظهر البعير وما أمكنه فعلهعليه من الأكل والشرب وصلاة النافلة منالسنن وغيرها لم يلزمه أن يبركه له ولا يقف عليه من أجله ، وإن أراد المكترى إتمام الصلاة وطالبه الجمال بقصرها لم يلزمه ذلك بل تكون خفيفة فى تمام ومن اكترى بعيراً لإنسان يركبه لنفسه وسلمه إليه لم يلزمه سوى ذلك لأنه وفى له بما عقد عليه فلم يلزمه شىء سواه .

(فصل) وإذا اكترى ظهراً فى طريق العادة فيه النزول والمشى عند اقتراب المنزل والمكترى امرأة أو ضعيف لم يلزمه النزول لأنه اكتراه جميع الطريق ولم تجر له عادة بالمشى فلزم حمله فى جميع الطريق كالمتاع وإن كان جلداً قويا ففيه وجهان .

أحدهما : لا يلزمه النزول أيضا لأنه عقد على جميع الطريق فلا يلزمه تركه فى بعضها كالضعيف .

والثانى : يلزمه لأنه متعارف والمتعارف كالمشروط .

(فصـــل) وإن هرب الجمال فى بعض الطريق أو قبل الدخول فيها لم يخل من حالين .

أحدهما : أن يهرب بجماله فينظر فإن لم يجد المستأجر حاكما أو وجد حاكما لم يمكن إثبات الحال عنده أو أمكن الاثبات عنده ولا يحصل له ما يكترى به

ما يستوفى حقه منه فللمستأجر فسخ الاجارة لانه تعذر عليه قبض المعقود عليه ، فأشبه ما لو أفلس المشترى أو انقطع المسلم فيه عند محله ، فإن فسخ العقد وكان الجمال قد قبض الأجر كان دينا فى ذمته وإن اختار المقام على العقد وكانت الاجارة على عمل فى الذمة فله ذلك ومتى قدر على الجمال طالبه به .

وإن كان العقد على مدة انقضت فى هربه انفسخ العقد بذلك ، وإن أمكنه إثبات الحال عند الحاكم وكان العقد على موصوف غير معين لم ينفسخ العقد ويرفع الامر إلى الحاكم ويثبت عنده حاله فينظر الحاكم فإن وجد للجمال مالا اكترى به له وان لم يجد له مالا وأمكنه أن يقترض على الجمال من بيت المال أو من غيره ما يكترى له به فعل ، فإن دفع الحاكم المال الى المكترى ليكترى لنفسه به جاز فى ظاهر كلام أحمد وان اقترض عليه من المكترى ما يكرى به جاز وصار دينا فى ذمة الجمال ، وان كان العقد على معين لم يجز ابداله ولا اكتراء غيره ، لان العقد تعلق بعينه فيتخير المكترى بين الفسخ أو البقاء الى أن يقدر عليه فيطالبه بالعمل .

الحال الثانى : اذا هرب الجمال فترك جماله فإن المكترى يرفع الامر الى الحاكم فإن وجد للجمال مالا استأجر به من يقوم مقام الجمال فى الانفاق على الجمال والشد عليها وحفظها وفعل ما يلزم الجمال فعله فإن لم يجد له غير الجمال وكان فيها فضلة عن الكراء باع بقدر ذلك وان لم يكن فيها فضل أو لم يمكن بيعه اقترض عليه الحاكم كما قلنا ؛ وان أدان من المكترى وأنفق جاز ، وان أذن للمكترى فى الانفاق من ماله بالمعروف ليكون دينا على الجمال جاز لانه موضع حاجة .

واذا رجع الجمال واختلفا فيما أنفق نظرنا فان كان الحاكم قدر له ما ينفق قبل قوله فى قدر ذلك وما زاد لا يحتسب به وان لم يقدر له قبل قوله فى قدر النفقة بالمعروف لانه أمين وما زاد لا يرجع به لانه متطوع به ، واذا وصل المكترى رفع الامر الى الحاكم ففعل ما يرى الحظ فيه من بيع الجمال فيوفى عن الجمال ما لزمه من الدين للمكترى أو لغيره ويحفظ باقى الثمن له وان رأى بيع بعضها وحفظ باقيها والانفاق على الباقى من ثمن ما باع جاز وان لم يجد حاكما أو عجز عن استدانة فله أن ينفق عليها ويقيم مقام الجمال فيما يلزمه فإن فعل ذلك متبرعا لم يرجع

بشيء وان نوى الرجوع وأشهد على ذلك رجع به لأنه حال ضرورة . وهذا أحد الوجهين للشافعي ، وان لم يشهد ونوى الرجوع فى الرجوع وجهان .

أحدهما : يرجع به ، لأن ترك الجمال مع العلم بأنها لا بد لها من نفقة اذن فى الانفاق .

والثاني . لا يرجع به ، لأنه يثبت لنفسه حقا على غيره وكذلك ان لم يجد من يشهده فأنفق محتسبا بالرجوع وقياس المذهب أن له الرجوع لقولنا يرجع بما أنفق على الآبق وعلى عيال الغائب وزوجاته والدابة المرهونة ولو قدر على استئذان الحاكم فأنفق من غير استئذانه وأشهد على ذلك ففى رجوعه وجهان أيضا ، وحكم موت الجمال حكم هربه ، وقال أبو بكر مذهب أحمد أن الموت لا يفسخ الاجارة وله أن يركبها ولا يسرف فى علفها ولا يقصر ويرجع بذلك فى مال المتوفى فإن لم يكن فى يد المستأجر ما ينفقه لم يجز أن يبيع منها شيئا لأن البيع انما يجوز من المالك أو من نائبه أو ممن له ولاية عليه .

(فصل) قال أصحابنا يصح كراء العقبة وهو مذهب الشافعي ، ومعناها الركوب فى بعض الطريق يركب شيئا ويمشى شيئا لأنه اذا جاز اكتراؤها فى الجميع جاز اكتراؤها فى البعض ، ولا بد من كونها معلومة اما أن يقدرها بفراسخ معلومة واما بالزمان مثل أن يركب ليلا ويمشى نهاراً ويعتبر فى هذا زمان السير دون زمان النزول ، وان اتفقا على أن يركب يوما ويمشى يوما جاز ، فإن اكترى عقبة وأطلق احتمل أن يجوز ويحمل على العرف ، ويحتمل أن لا يصح لان ذلك يختلف وليس له ضابط فيكون مجهولا ، وان اتفقا على أن يركب ثلاثة أيام ويمشى ثلاثة أيام أو ما زاد ونقص جاز ، وان اختلفا لم يجبر الممتنع منهما لان فيه ضرراً على كل واحد منهما الماشى لدوام المشى عليه ، وعلى الجمل لدوام الركوب عليه ، ولانه اذا ركب بعد شدة تعبه كان أثقل على البعير :

وان اكترى اثنان جملا يركبانه عقبة وعقبة جاز ويكون كراؤهما طول الطريق والاستيفاء بينهما على ما يتفقان عليه ، وان تشاحا قسم بينهما لكل واحد منهما فراسخ معلومة أو لأحدهما الليل وللآخر النهار وان كان لذلك عرف رجع اليه ، وان اختلفا فى البادىء منهما أقرع بينهما ، ويحتمل أن

لا يصح كراؤهما الا أن يتفقا على ركوب معلوم لكل واحد منهما لانه عقد على مجهول بالنسبة الى كل واحد منهما فلم يصح كما لو اشتريا عبدين على أن لكل واحد منهما عبدا معينا منهما .

« مسألة » قال (فإن رأى الراكبين أو وصفا له وذكر الباقى بأرطال معلومة فجائز)

وجملته أن المعرفة بالوصف تقوم مقام الرؤية فى الراكبين اذا وصفهما بما يختلفان به فى الطول والقصر والهزال والسمن والصحة والمرض والصغر والكبر والذكورية والانوثية ، والباقى يكفى فيه ذكر الوزن ، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب لا بد من معرفة الراكبين بالرؤية لانه يختلف بثقله وخفته وسكونه وحركته ولا ينضبط بالوصف فيجب تعيينه وهذا مذهب الشافعى ، ولهم فى المحمل وجه أنه لا تكفى فيه الصفة ويجب تعيينه ،

ولنا أنه عقد معاوضة مضاف الى حيوان فاكتفى فيه بالصفة كالبيع وكالمركوب فى الاجارة ، ولانه لو لم يكتف فيه بالصفة لما جاز للراكب أن يقيم غيره مقامه لانه انما يعلم كونه مثله لتساويهما فى الصفات فما لا تأتى عليه الصفات لا يعلم التساوى فيه ، ولان الوصف يكتفى به فى البيع فاكتفى به فى الاجارة كالرؤية والتفاوت بعد ذكر الصفات الظاهرة يسير تجرى المسامحة فيه كالمسلم فيه .

(فصل) ويجوز اكتراء الابل والدواب للحمولة ، قال الله تعالى (وتحمل أثقالكم الى بلد لم تكونوا بالغيه الا بشق الانفس والحمولة بالضم الاحمال، والحمولة بالفتح التى يحمل عليها قال الله تعالى (ومن الانعام حمولة وفرشا) الحمولة الكبار والفرش الصغار .

وقيل : الحمولة الابل : والفرش الغنم لانها لا تحمل ، ولا يحتاج الى معرفة الحمولة لان الغرض حمل المتاع دون ما يحمله بخلاف الركوب فان للراكب غرضا فى المركوب من سهولته وحالة سرعته ، وان اتفق وجود غرض فى الحمولة مثل أن يكون المحمول شيئا تضره كثرة الحركة كالفاكهة والزجاج أو كون الطريق مما يعسر على بعضها دون بعض فينبغى أن يذكر فى الاجارة .

وأما الاحمال فلا بد من معرفتها فإن لم يعرفها لم يجز لان ذلك يتفاوت كثيرا ويختلف الغرض به فان شرط أن تحمل ما شاء بطل لان ذلك لا يمكن الوفاء به ويدخل فيه ما يقتل البهيمة ، وان قال احمل عليها طاقتها لم يجز أيضا لان ذلك لا ضابط له ، وتحصل المعرفة بطريقين (المشاهدة) لانها من أعلى طرق العلم (والصفة) ويشترط فى الصفة معرفة شيئين القدر والجنس لان الجنس يختلف تعب البهيمة باختلافه مع التساوى فى القدر فان القطن يضر بها من وجه وهو أنه ينتفخ على البهيمة فيدخل فيه الريح فيثقل ومثله من الحديد يؤذى من جهة أخرى وهو أنه يجتمع على موضع من البهيمة فربما عقرها فلا بد من بيانه .

وأما الظروف فان دخلت فى الوزن لم يحتج الى ذكرها ، وان لم توزن فان كانت ظروفا معروفة لا تختلف كغرائر الصوف والشعر ونحوها جاز العقد عليها من غير تعيين لانها قلما تتفاوت تفاوتا كثيرا فتسميتها تكفى وان كانت تختلف فلا بد من معرفتها بالتعيين أو الصفة ، وذكر ابن عقيل أنه اذا قال أكريتكها لتحمل عليها ثلاثمائة رطل مما شئت جاز وملك ذلك لكن لا يحمله حملا يضر بالحيوان مثل ما لو أراد حمل حديد أو زئبق ينبغى أن يفرقه على ظهر الحيوان فلا يجتمع فى موضع واحد من ظهره ولا يجعله فى وعاء يتموج فيه فيكد البهيمة ويتعبها .

وان اكترى ظهراً للحمل موصوفا بجنس فأراد حمله على غير ذلك الجنس وكان الطالب لذلك المستأجر لم يقبل منه لانه لا يملك المطالبة بما لم يعقد عليه وان طلبه المؤجر وكان يفوت به غرض للمستأجر مثل أن يكون غرضه الاستعجال فى السير أو أن لا ينقطع عن القافلة فيتعين الخيل أو البغال أو يكون غرضه سكون الحمولة لكون الحمولة مما يضرها الهز أو قوتها وصبرها لطول الطريق وثقل الحمولة فيعين الابل لم يجز العدول عنه لانه يفوت غرض المستأجر فلم يجز ذلك كما فى المركوب وان لم يفوت غرضا جاز كما يجوز لمن اكترى على حمل شيء حمل مثله أو أقل ضرراً منه

(فصل) ويجوز كراء الدابة للعمل لانها منفعة مباحة خلقت الدابة لها فجاز الكراء لها كالركوب وان اكترى بقراً للحرث جاز ، لان البقر خلقت للحرث ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم « بينما رجل يسوق بقرة أراد أن يركبها

فقالت إني لم أخلق لهذا إنما خلقت للحرث ، متفق عليه ، ويحتاج الى شرطين : معرفة الأرض وتقدير العمل ، فأما الأرض فلا تعرف إلا بالمشاهدة ولأنها تختلف فتكون صلبة تتعب البقر والحراث وقد يكون فيها حجارة تتعلق بالسكة وتكون رخوة سهلة يسهل حرثها ولا تأتى الصفة عليها فيحتاج الى رؤيتها .

وأما تقدير العمل فيجوز بأحد شيئين إما بالمدة كيوم ويومين وإما بالأرض كهذه القطعة أو من هذا المكان الى هذا المكان أو بالمساحة كمدى أو مديين ونحو ذلك كل ذلك جائز ، لأن العلم يحصل به فإن قدره بالمدة فلا بد من معرفة البقر التى يعمل عليها لأن الغرض يختلف باختلافها فى القوة والضعف ، ويجوز أن يستأجر البقر مفردة ليتولى رب الأرض الحرث بها ويجوز أن يستأجرها مع صاحبها ليتولى الحرث بها ويجوز استئجارها بآلتها من الفدان والنير واستئجارها بدون آلتها وتكون الآلة من عند صاحب الأرض .

ويجوز استئجار البقر وغيرها لدراس الزرع لأنها منفعة مباحة مقصودة فأشبهت الحرث ، ويجوز على مدة أو زرع معين أو موصوف كما ذكرناه فى الحرث ومتى كان على مدة احتيج الى معرفة الحيوان الذى يعمل عليه ليعرف قوته أو ضعفه وان كان على عمل غير مقدر بالمدة احتاج الى معرفة جنس الحيوان لأن الغرض يختلف به فمنه ماروثه طاهر ومنه ماروثه نجس ولايحتاج الى معرفة عين الحيوان ويجوز أن يستأجر الحيوان بآلته وبغير آلته مع صاحبه ومنفرداً عنه كما ذكرنا فى الحرث .

(فصل) ويجوز استئجار بهيمة لإدارة الرحى ويفتقر الى شيئين معرفة الحجر إما بمشاهدة وإما بصفة تحصل بها معرفته لأن عمل البهيمة يختلف فيه بثقله وخفته فيحتاج صاحبها الى معرفته وتقدير العمل إما بالزمان فيقول يوماً أو يومين أو بالطعام فيقول قفيزاً أو قفيزين ويذكر جنس المطحون ان كان يختلف لأن منه ما يسهل طحنه ومنه ما يصعب ، وكذلك ان اكتراها لإدارة دولاب فلا بد من مشاهدته ومشاهدة دولابه لاختلافها وتقدير ذلك بالزمان أو ملء هذا الحوض أو هذه البركة .

وكذلك إن اكتراها للاستقاء بالغرب فلا بد من معرفته لأنه يختلف بكبره

وصغره ويقدر بالزمان أو بعدد الغروب أو بملء بركة أو حوض : ولا يجوز تقدير ذلك بسقى أرض لأن ذلك يختلف فقد تكون الأرض عطشانة لا يرويها القليل وتكون قريبة العهد بالماء فيكفيها القليل فيكون ذلك مجهولا ، وان قدره بسقى ماشية احتمل أن لا يجوز لذلك ، ويحتمل أن يجوز ، لأن شربها يتقارب فى الغالب ويجوز استئجار دابة ليستقى عليها ماء ولابد من معرفة الآلة التى يستقى بها من راوية أو قرب أو جرار ، ومعرفة ذلك إما بالرؤية واما بالصفة ويقدر العمل إما بالزمان واما بعدد المرات واما بملء شيء معين ، فإن قدره بعدد المرات احتاج الى معرفة الموضع الذى يستقى منه والذى يذهب اليه لأن ذلك يختلف بالقرب والبعد والسهولة والحزونة ، وان قدره بملء شيء معين احتاج الى معرفته ومعرفة ما يستقى منه ، ويجوز أن يكترى البهيمة بآلتها وبدونها، مع صاحبها ووحدها ، وان اكتراها لبل تراب معروف جاز لأن ذلك بالعرف ، وكل موضع وقع العقد على مدة فلا بد من معرفة الظهر الذى يعمل عليه لأن الغرض يختلف باختلافها فى القوة والضعف ، وان وقع على عمل معين لم يحتج الى معرفتها لأنه لا يختلف ، ويحتمل أن يحتاج الى ذلك فى استقاء الماء عليه لأن منه ماروثه طاهر وجسمه طاهر بغير خلاف كالخيل والبقر ، ومنه ماروثه نجس ويختلف فى نجاسة جسمه كالبغال والحمير فربما نجس به المستقى أو دلوه فيتنجس الماء به فيختلف الغرض بذلك فتجب معرفته .

﴿ فصل ﴾

وإذا اكترى حيوانا لعمل لم يخلق له مثل أن اكترى البقر للركوب والحمل عليها أو اكترى الإبل والحمر للحرث جاز لأنها منفعة مقصودة أمكن استيفاؤها من الحيوان لم يرد الشرع بتحريمها فجاز كالذى خلقت له ولأن مقتضى الملك جواز التصرف بكل ما تصلح له العين المملوكة ويمكن تحصيله منها ولا يمتنع ذلك إلا بمعارض راجح إما ورود نص بتحريمه أو قياس صحيح أو رجحان مضرته على منفعته وليس ههنا واحد منها ، وكثير من الناس من الأكراد وغيرهم يحملون على البقر ويركبونها وفى بعض البلدان يحرث على الإبل والبغال والحمير فيكون معنى خلقها للحرث إن شاء الله أن معظم الانتفاع بها فيه ولا يمنع ذلك الانتفاع بها

فى شيء آخر كما أن الخيل خلقت للركوب والزينة ويباح أكلها، واللؤلؤ خلق للحلية ويجوز استعماله فى الأدويه وغيرها والله أعلم .

« مسألة » ﴿ وما حدث فى السلعة من يد الصانع ضمن ﴾

وجملته أن الأجير على ضربين : خاص ومشترك ، فالخاص : هو الذى يقع العقد عليه فى مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه فى جميعها كرجل استؤجر لخدمة أو عمل فى بناء أو خياطة أو رعاية يوما أو شهرا ، سمى خاصا لاختصاص المستأجر بنفعه فى تلك المدة دون سائر الناس ، والمشترك الذى يقع العقد معه على عمل معين كخياطة ثوب وبناء حائط وحمل شيء الى مكان معين أو على عمل فى مدة لا يستحق جميع نفعه فيها كالكحال والطبيب ، سمى مشتركا لأنه يتقبل أعمالا لاثنين وثلاثة وأكثر فى وقت واحد ويعمل لهم فيشتركون فى منفعته واستحقاقها فسمى مشتركا لاشتراكهم فى منفعته ، فالأجير المشترك هو الصانع الذى ذكره الخرقى وهو ضامن لما جنت يده فالحائك إذا أفسد حياكته ضامن لما أفسد ، نص أحمد على هذه المسألة فى رواية ابن منصور .

والقصار ضامن لما يتخرق من دقه أو مده أو عصره أو بسطه ، والطباخ ضامن لما أفسد من طبيخه والخباز ضامن لما أفسد من خبزه والحمال يضمن ما يسقط من حمله عن رأسه أو تلف من عثرته والجمال يضمن ما تلف بقوده وسوقه وانقطاع حبله الذى يشد به حمله والملاح يضمن ما تلف من يده أو جذفه أو ما يعالج به السفينه ، وروى ذلك عن عمر وعلى وعبد الله بن عتبه وشريح والحسن والحكم ، وهو قول أبى حنيفه ومالك وأحد قولى الشافعى ، وقال فى الآخر لا يضمن مالم يتعد ، قال الربيع هذا مذهب الشافعى ، وان لم يبح به ، وروى ذلك عن عطاء وطاوس وزفر لأنها عين مقبوضه بعقد الاجارة فلم تصر مضمونه كالعين المستأجرة .

ولنا ماروى جعفر بن محمد عن أبيه عن على أنه كان يضمن الصباغ والصواغ وقال لا يصلح الناس الا ذلك ، وروى الشافعى فى مسنده بإسناده عن على أنه كان يضمن الاجراء ويقول لا يصلح الناس الا هذا ولان عمل الاجير المشترك مضمون عليه فما تولد منه يجب أن يكون مضمونا كالعدوان بقطع عضو بخلاف الأجير

الخاص ، والدليل على أن عمله مضمون عليه أنه لا يستحق العوض إلا بالعمل وأن الثوب لو تلف فى حرزه بعد عمله لم يكن له أجر فيما عمل فيه وكان ذهاب عمله من ضمانه بخلاف الخاص فإنه إذا أمكن المستأجر من استعماله استحق العوض بمضى المدة وإن لم يعمل ، وما عمل فيه من شيء فتلف من حرزه لم يسقط أجره بتلفه .

(فصل) ذكر القاضى أن الأجير المشترك إنما يضمن إذا كان يعمل فى ملك نفسه مثل الخباز يخبز فى تنوره وملكه والقصار والخياط فى دكانيهما، قال ولو دعا الرجل خبازاً لخبز له فى داره أو خياطاً أو قصاراً ليقصر ويخيط عنده لا ضمان عليه فيما أتلف مالم يفرط ، لأنه سلم نفسه الى المستأجر فيصير كالأجير الخاص ، قال ولو كان صاحب المتاع مع الملاح فى السفينة أو راكباً على الدابة فوق حمله فعطب الحمل لا ضمان على الملاح والمكارى ، لأن يد صاحب المتاع لم تزل ، ولو كان رب المتاع والجمال راكبين على الحمل فتلف حمله لم يضمنه الجمال لأن رب المتاع لم يسلمه اليه ، ومذهب مالك والشافعى نحو هذا ، قال أصحاب الشافعى : لو كان العمل فى دكان الأجير والمستأجر حاضر أو اكتراه ليعمل له شيئاً وهو معه لم يضمن لأن يده عليه فلم يضمن من غير جناية ويجب له أجر عمله لأن يده عليه فكلما عمل شيئا صار مسلما اليه ، فظاهر كلام الخرقى أنه لا فرق بين كونه فى ملك نفسه أو ملك مستأجره أو كان صاحب العمل حاضراً عنده أو غائباً عنه أو كونه مع الملاح أو الجمال أو لا ، وكذلك قال ابن عقيل ما تلف بجناية الملاح بجذفه أو بجناية المكارى بشده المتاع ونحوه فهو مضمون عليه سواء كان صاحب المتاع معه أو لم يكن لأن وجوب الضمان عليه لجناية يده فلا فرق بين حضور المالك وغيبته كالعدوان ولأن جناية الجمال والملاح إذا كان صاحب المتاع راكبا معه يعم المتاع وصاحبه وتفريطه يعمهما فلم يسقط ذلك الضمان كما لو رمى إنسانا متترسا فكسر ترسه وقتله ، ولأن الطبيب والختان إذا جنت يداهما ضمنا مع حضور المطبب والمختون ، وقد ذكر القاضى أنه لو كان ذلك يحمل على رأسه ورب المتاع معه فعثر فسقط المتاع فتلف ضمن ، وإن سرق لم يضمن لأنه فى العثار تلف بجنايته والسرقة ليست من جنايته ورب المال لم يحل بينه وبينه ، وهذا يقتضى أن تلفه بجنايته مضمون عليه سواء حضر رب المال أو غاب بل وجوب الضمان

فى محل النزاع أولى لأن الفعل فى ذلك إلى الموضع مقصود لفاعله والسقطة من الحمال غير مقصودة له فإذا وجب الضمان ههنا فثم أولى .

(فصل) وذكر القاضى أنه إذا كان المستأجر على حمله عبيداً صغاراً أو كباراً فلا ضمان على المكارى فيما تلف من سوقه وقوده إذ لا يضمن بنى آدم من جهة الإجارة لأنه عقد على منفعة . والأولى وجوب الضمان لأن الضمان ههنا من جهة الجناية فوجب أن يعم بنى آدم وغيرهم كسائر الجنايات ، وما ذكره ينتقض بجناية الطبيب والختان . والله أعلم .

(فصـــل)

فأما الأجير الخاص فهو الذى يستأجره مدة فلا ضمان عليه مالم يتعد ، قال أحمد فى رواية مهنا فى رجل أمر غلامه يكيل لرجل بزراً فسقط الرطل من يده فانكسر لا ضمان عليه ، فقيل أليس هو بمنزلة القصار ؟ قال لا ، القصار مشترك قيل فرجل اكترى رجلا يستقى ماء فكسر الجرة ؟ فقال لا ضمان عليه ، قيل له فإن اكترى رجلا يحرث له على بقرة فكسر الذى يحرث به، قال فلا ضمان عليه وهذا مذهب مالك وأبى حنيفة وأصحابه وظاهر مذهب الشافعى : وله قول آخر أن جميع الأجراء يضمنون ، وروى فى مسنده عن على رضى الله عنه أنه كان يضمن الأجراء ويقول : لا يصلح الناس إلا هذا .

ولنا أن عمله غير مضمون عليه فلم يضمن ما تلف به كالقصـــاص وقطع يد السارق ، وخبر على رضى الله عنه وكرم وجهه مرسل ، والصحيح فيه أنه كان يضمن الصباغ والصواغ ، وان روى مطلقا حمل على هذا فإن المطلق يحمل على المقيد ، ولأن الاجير الخاص نائب عن المالك فى صرف منافعه الى ما أمره به فلم يضمن من غير تعد كالوكيل والمضارب . فأما ما يتلفـــ بتعديه فيجب ضمانه مثل الخبـــاز الذى يسرف فى الوقود أو يلزقه قبل وقته أو يتركه بعد وقته حتى يحترق لأنه تلف بتعديه فضمنه كغير الأجير .

(فصـــل) وإذا استأجر الأجير المشترك أجيراً خاصاً ،كالخياط فى دكان يستأجر أجيراً مدة يستعمله فيها فتقبل صاحب الدكان خيــاطة ثوب ودفعه إلى

أجيره فخرقه أو أفسده لم يضمنه لأنه أجير خاص ويضمنه صاحب الدكان لأنه أجير مشترك

(فصل) إذا أتلف الصانع الثوب بعد عمله فصاحبه مخير بين تضمينه إياه غير معمول ولا أجر عليه وبين تضمينه إياه معمولا ويدفع اليه أجره ، ولو وجب عليه ضمان المتاع المحمول فصاحبه مخير بين تضمينه قيمته فى الموضع الذى سلمه اليه ولا أجر له وبين تضمينه اياه فى الموضع الذى أفسده ويعطيه الأجر الى ذلك المكان ، وانما كان كذلك لأنه اذا أحب تضمينه معمولا أو فى المكان الذى أفسده فيه فله ذلك لانه ملكه فى ذلك الموضع على تلك الصفة فملك المطالبة بعوضه حينئذ . وإن احب تضمينه قبل ذلك فلأن أجر العمل لا يلزمه قبل تسليمه اليه وما سلم اليه فلا يلزمه .

(فصل) اذا دفع الى حائك غزلا فقال انسجه لى عشرة أذرع فى عرض ذراع فنسجه زائداً على ما قدر له فى الطول والعرض فلا أجر له فى الزيادة . لانه غير مأمور بها وعليه ضمان نقص الغزل المنسوج فيها ، فأما ما عدا الزائد فينظر فيه فإن كان جاء به زائداً فى الطول وحده ولم ينقص الأصل بالزيادة فله ما سمى له من الأجر كما لو استأجره على أن يضرب له مائة لبنة فضرب له مائتين ، فإن جاء به زائداً فى العرض وحده أو فيهما ففيه وجهان

أحدهما لا أجر له لانه مخالف لأمر المستأجر فلم يستحق شيئا ، كما لو استأجره على بناء حائط عرض ذراع فبناه عرض ذراعين

والثانى له المسمى لأنه زاد على ما أمر به ، فأشبه زيادة الطول ، ومن قال بالوجه الاول فرق بين الطول والعرض بأنه يمكن قطع الزائد فى الطول ويبقى الثوب على ما أراد ، ولا يمكن ذلك فى العرض . وأما ان جاء به ناقصا فى الطول والعرض أو فى أحدهما ففيه أيضا وجهان :

أحدهما لا أجر له وعليه ضمان نقص الغزل لانه مخالف لما أمر به ، فأشبه ما لو استأجره على بناء حائط عرض ذراع فبناه عرض نصف ذراع

والثانى له بحصته من المسمى كمن استؤجر على ضرب ابن فضرب بعضه ،

ويحتمل أنه ان جاء به ناقصا فى العرض فلا شيء له ، وان كان ناقصا فى الطول فله بحصته من المسمى لما ذكرنا من الفرق بين الطول والعرض ، وان جاء به زائداً فى أحدهما ناقصا فى الاخر فلا أجر له فى الزائد ، وهو فى الناقص على ما ذكرنا من التفصيل فيه . وقال محمد بن الحسن فى الموضعين . يخير صاحب الثوب بين دفع الثوب الى النساج ومطالبته بثمن غزله ، وبين أن يأخذه ويدفع اليه المسمى فى الزائد أو بحصة المنسوج فى الناقص ، لان غرضه لم يسلم له لانه ينتفع بالطويل مالا ينتفع بالقصير ، وينتفع بالقصير مالا ينتفع بالطويل فكأنه أتلف عليه غزله

ولنا أنه وجد عين ماله فلم يكن له المطالبة بعوضه ، كما لو جاء به زائداً فى الطول وحده ، فأما ان أثرت الزيادة أو النقص فى الاصل مثل أن يأمره بنسج عشرة أذرع ليكون الثوب خفيفا فنسجه خمسة عشر فصار صفيقا أوأمره بنسجه خمسة عشر ليكون صفيقا فنسجه عشرة فصار خفيفا فلا أجر له بحال وعليه ضمان نقص الغزل لانه لم يأت بشيء مما أمر به .

(فصــل)

اذا دفع الى خياط ثوبا فقال : ان كان يقطع قميصا فاقطعه ، فقال هو يقطع وقطعه فلم يكف فعليه ضمانه ، وان قال انظر هذا يكفيني قميصا ؟ قال نعم ، قال اقطعه فقطعه فلم يكفه لم يضمن . وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي، وقال أبو ثور لا ضمان عليه فى المسألتين لانه لو كان غره فى الاولى لكان قد غره فى الثانيه .

ولنا أنه انما أذن له فى الاولى بشرط كفايته فقطعه بدون شرطه وفى الثانيه أذن له من غير شرط فافترقا ولم يجب عليه الضمان فى الأولى لتغريره . بل لعدم الاذن فى قطعه ، لان اذنه مقيد بشرط كفايته ، فلا يكون اذنا فى غير ما وجد فيه الشرط بخلاف الثانيه .

(فصــل) فإن أمره أن يقطع الثوب قميص رجل فقطعه قميص امرأة فعليه غرم ما بين قيمته صحيحا ومقطوعا ، لأن هذا قطع غير مأذون فيه . فأشبه ما لو قطعه من غير اذن ، وقيل يغرم ما بين قميص امرأة وقميص رجل ، لانه مأذون فى قميص فى الجملة ، والاول أصح لان المأذون فيه قميص موصوف بصفة ، فاذا قطع

قميصا غيره لم يكن فاعلا لما أذن فيه فكان متعدياً بابتداء القطع ، ولذلك لا يستحق على القطع أجراً ، ولو فعل ما أمر به لاستحق أجره

(فصـــل)

وإن اختلفا فقال أذنت لى فى قطعه قميص امرأة ، وقال بل أذنت لك فى قطعه قميص رجل ، أو قال أذنت لك فى قطعه قميصا . قال بل قباء ، أو قال الصباغ أمرتنى بصبغه أحمر ، قال بل أسود . فالقول قول الخياط والصباغ ، نص عليه أحمد فى رواية ابن منصور فقال القول قول الخياط والصباغ ، وهذا قول ابن أبى ليلى . وقال مالك وأبو حنيفة وأبو ثور القول قول رب الثوب ، واختلف أصحاب الشافعى ، فمنهم من قال له قولان كالمذهبين ، ومنهم من قال له قول ثالث أنهما يتحالفان كالمتبايعين يختلفان فى الثمن ، ومنهم من قال الصحيح أن القول قول رب الثوب لأنهما اختلفا فى صفة إذنه ، والقول قوله فى أصل الإذن فكذلك فى صفته ولأن الأصل عدم الإذن المختلف فيه فالقول قول من ينفيه

ولنا أنهما اتفقا فى الاذن واختلفا فى صفته ، فكان القول قول المأذون له ، كالمضارب اذا قال أذنت لى فى البيع نساء ، ولأنهما اتفقا على ملك الخياط القطع والصباغ الصبغ . والظاهر أنه فعل ما ملكه ، واختلفا فى لزوم الغرم له والأصل عدمه . فعلى هذا يحلف الخياط والصباغ بالله لقد أذنت لى فى قطعه قباء وصبغه أحمر ويسقط عنه الغرم ويكون له أجر مثله لأنه ثبت وجود فعله المأذون فيه بعوض ولا يستحق المسمى ، لأن المسمى ثبت بقوله ودعواه فلا يحنث بيمينه ؛ ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه » أخرجه مسلم

فأما المسمى فى العقد فإنما يعترف رب الثوب بتسميته أجراً وقطعه قميصا وصبغه أسود . فأما من قال القول قول رب الثوب فإنه يحلف بالله ما أذنت فى قطعه قباء ولا صبغه أحمر ويسقط عنه المسمى ، ولا يجب للخياط والصباغ شيء لأنهما فعلا غير ما أذن لهما فيه

وذكر ابن أبى موسى عن أحمد رواية أخرى أن صاحب الثوب إذا لم يكن ممن يلبس الأقبية والسواد فالقول قوله وعلى الصانع غرم ما نقص بالقطع وضمان

ما أفسد ولا أجر له ، لأن قرينة حال رب المال تدل على صدقه فترجح دعواه بها كما لو اختلفا فى حائط لأحدهما عليه عقد أو أزج رجحنا دعواه بذلك .

وان اختلف الزوجان فى متاع البيت رجحنا دعوى كل واحد منهما فيما يصلح له ولو اختلف صانعان فى الآلة التى فى دكانهما رجحنا قول كل واحد منهما فى آلة صناعته ، فعلى هذا يحلف رب الثوب ما أذنت لك فى قطعه قباء ، ويكفى هذا لأنه يبتغى به الاذن فيصير قاطعا لغير ما أذن فيه . فإن كان القباء مخيطا بخيوط لمالكه لم يملك الخياط فتقه وكان لمالكه أخذه مخيطا بلا عوض لأنه عمل فى ملك غيره عملا مجرداً عن عين مملوكة له فلم يكن له إزالته . كما لو نقل ملك غيره من موضع الى موضع لم يكن له رده إذا رضى صاحبه بتركه فيه . وان كانت الخيوط للخياط فله نزعها لأنها عين ماله ولا يلزمه أخذ قيمتها لأنها ملكه ولا يتلف بأخذها ماله حرمة . فإن اتفقا على تعويضه عنها جاز لان الحق لهما

وان قال رب الثوب : أنا أشد فى كل خيط خيطا حتى اذا سله عاد خيط رب الثوب فى مكانه لم يلزم الخياط الاجابة الى ذلك لانه انتفاع بملكه ، وحكم الصباغ فى قلع الصبغ ان أحبه وفى غير ذلك من أحكامه حكم صبغ الغاصب على ما مضى فى بابه : والذى يقوى عندى أن القول قول رب الثوب لما ذكرنا فى دليلهم

(فصـــل)

وكل من استؤجر على عمل فى عين فلا يخلو إما أن يوقعه وهى فى يد الاجير كالصباغ يصبغ فى حانوته والخياط فى دكانه فلا يبرأ من العمل حتى يسلمها الى المستأجر ولا يستحق الاجر حتى يسلمه مفروغا منه ، لان المعقود عليه فى مدة فلا يبرأ منه ما لم يسلمه الى العاقد ، كالمبيع من الطعام لا يبرأ منه قبل تسليمه الى المشترى . وأما ان كان يوقع العمل فى ملك المستأجر ، مثل أن يحضره المستأجر الى داره ليخيط فيها أو يصبغ فيها فإنه يبرأ من العمل ويستحق أجره بمجرد عمله لانه فى يد المستأجر فيصير مسلما للعمل حالا فحالا

ولو استأجر رجلا يبنى له حائطا فى داره أو يحفر فيها بئراً لبرىء من العمل واستحق أجره بمجرد عمله ، ولو كانت البئر فى الصحراء أو الحائط لم يبرأ بمجرد العمل، ولو انهارت عقيب الحفر أو الحائط بعد بنائه وقبل تسليمه لم يبرأ من العمل

نص عليه أحمد فى رواية ابن منصور ، فإنه اذا قال استعمل ألف لبنة فى كذا وكذا فعمل ثم سقط فله الكراء

وأما الاجير الخاص فيستحق أجره بمضى المدة ، سواء تلف ما عمله أو لم يتلف ، نص عليه أحمد فقال : اذا استأجره يوما فعمل وسقط عند الليل ماعمل فله الكراء ، وذلك لانه انما يلزمه تسليم نفسه وعمل ما يستعمل فيه ، وقد وجد ذلك منه بخلاف الاجير المشترك . ولو استأجر أجيراً ليبنى له حائطا طوله عشرة أذرع فبنى بعضه فسقط لم يستحق شيئا حتى يتممه سواء كان فى ملك المستأجر أو فى غيره لان الاستحقاق مشروط بإتمامه ولم يوجد . قال احمد : اذا قيل له ارفع حائطا كذا وكذا ذراعا فعليه أن يوفيه ، فإن سقط فعليه التمام ، وكذا لو استأجره ليحفر له بئراً عمقها عشرة أذرع فحفر منها خمسه وانهار فيها تراب من جوانبها لم يستحق شيئا حتى يتمم حفرها

« مسألة » قال (وان تلفت من حرز فلا ضمان عليه ولا أجر له فيما عمل فيها)

اختلفت الرواية عن أحمد فى الاجير المشترك اذا تلفت العين من حرزه من غير تعد منه ولا تفريط فروى عنه لا يضمن ، نص عليه فى رواية ابن منصور ، وهو قول طاوس وعطاء وأبى حنيفة وزفر وقول الشافعى

وروى عن أحمد إن كان هلاكه بما استطاع ضمنه . وان كان غرقا أو عدواً غالبا فلا ضمان . قال أحمد رحمة الله عليه فى رواية أبى طالب : إذا جنت يده أو ضاع من بين متاعه ضمنه وإن كان عدواً أو غرقا فلا ضمان، ونحو هذا قال أبو يوسف والصحيح فى المذهب الاول

وهذه الرواية تحتمل أنه إنما أوجب عليه الضمان اذا تلف من بين متاعه خاصة لانه يتهم، ولهذا قال فى الوديعة فى رواية انها تضمن اذا ذهبت من بين ماله فأما غير ذلك فلا ضمان عليه لان تخصيص التضمين بما اذا تلف من بين متاعه يدل على أنه لا يضمن اذا تلف مع متاعه ولانه اذا لم يكن منه تفريط ولا عدوان فلا يجب عليه الضمان كما لو تلفت بأمر غالب .

وقال مالك وابن أبي ليلى : يضمن بكل حال لقول النبي صلى الله عليه وسلم

« على اليد ما أخذت حتى تؤديه » ولأنه قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق فلزمه ضمانها كالمستعير .

ولنا أنها عين مقبوضة بعقد الإجارة لم يتلفها بفعله فلم يضمنها كالعين المستأجرة ، ولأنه قبضها بإذن مالكها والنفع يعود إليهما فلم يضمنها كالمضارب والشريك والمستأجر وكما لو تلفت بأمر غالب ، ويخالف العارية فإنه ينفرد بنفعها ، والخبر مخصوص بما ذكرنا من الاصول فيخص محل النزاع بالقياس عليها ، إذا ثبت هذا فإنه لا أجر له فيما عمل فيها لانه لم يسلم عمله إلى المستأجر فلم يستحق عوضه كالمبيع من الطعام اذا تلف في يد البائع قبل تسليمه .

(فصل) وإذا حبس الصانع الثوب بعد عمله على استيفاء الاجر فتلف ضمنه لانه لم يرهنه عنده ولا أذن له في إمساكه فلزمه الضمان كالغاصب .

(فصل) اذا أخطأ القصار فدفع الثوب الى غير مالكه فعليه ضمانه لانه فوته على مالكه ، قال أحمد يغرم القصار ولا يسع المدفوع إليه لبسه إذا علم أنه ليس ثوبه وعليه رده إلى القصار ويطالبه بثوبه ؛ فإن لم يعلم القابض حتى قطعه ولبسه ثم علم رده مقطوعا وضمن أرش القطع وله مطالبته بثوبه إن كان موجوداً ، وان هلك عند القصار فهل يضمنه ؟ فيه روايتان .

إحداهما . يضمنه ، لانه أمسكه بغير إذن صاحبه بعد طلبه فضمنه كما لو علم .

والثانية : لا يضمنه ، لانه لم يمكنه رده فأشبه ما لو عجز عن دفعه لمرض .

(فصل) والعين المستأجرة أمانة في يد المستأجر إن تلفت بغير تفريط لم يضمنها ، قال الاثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل عن الذين يكرون المظال أو الخيمة إلى مكة فيذهب من المكتري بسرق أو بذهاب هل يضمن ؟ قال أرجو أن لا يضمن وكيف يضمن ؟ اذا ذهب لا يضمن ، ولا نعلم في هذا خلافا وذلك لانه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها فكانت أمانة كما لو قبض العبد الموصى له بخدمته سنة أو قبض الزوج امرأته الامة ، ويخالف العارية فإنه لا يستحق منفعتها وإذا انقضت المدة فعليه رفع يده وليس عليه الرد أومأ اليه في رواية ابن منصور ، فقيل له اذا اكترى دابة أو استعار أو استودع فليس عليه أن يحمله فقال أحمد : من استعار شيئا فعليه رده من حيث أخذه فأوجب الرد في العارية ولم يوجبه في

الإجارة والوديعة ، ووجهه أنه عقد لا يقتضى الضمان فلا يقتضى رده ومؤنته كالوديعة وفارق العارية فان ضمانها يجب فكذلك ردها ، وعلى هذا متى انقضت المدة كانت العين فى يده أمانة كالوديعة ان تلفت من غير تفريط فلا ضمان عليه ، وهذا قول بعض الشافعية ، وقال بعضهم : يضمن لانه بعد انقضاء الإجارة غير مأذون له فى امساكها أشبه العارية المؤقتة بعد وقتها .

ولنا أنها أمانة أشبهت الوديعة ، ولانه لو وجب ضمانها لوجب ردها ، وأما العارية فإنها مضمونة فى كل حال بخلاف مسألتنا ، ولانه يجب ردها ، وعلى كل حال متى طلبها صاحبها وجب تسليمها اليه فإن امتنع من ردها لغير عذر صارت مضمونة كالمغصوبة

(فصل) فإن شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين فالشرط فاسد لانه ينافى مقتضى العقد ، وهل تفسد الإجارة به ؟ فيه وجهان بناء على الشروط الفاسدة فى البيع ، قال أحمد فيما اذا شرط ضمان العين : الكراء والضمان مكروه ، وروى الاثرم بإسناده عن ابن عمر قال لا يصلح الكراء بالضمان .

وعن فقهاء المدينة أنهم كانوا يقولون لا نكترى بضمان الا أنه من شرط على كرى انه لا ينزل متاعه بطن واد أو لا يسير به ليلا مع أشباه هذه الشروط فتعدى ذلك فتلف شيء مما حمل فى ذلك التعدى فهو ضامن فأما غير ذلك فلا يصح شرط الضمان فيه وان شرطه لم يصح الشرط لان ما لا يجب ضمانه لا يصيره الشرط مضمونا ، وما يجب ضمانه لا ينتفى ضمانه بشرط نفيه .

وعن أحمد أنه سئل عن ذلك فقال المسلمون على شروطهم ، وهذا يدل على نفى الضمان بشرطه، ووجوبه بشرطه لقوله صلى الله عليه وسلم « المسلمون على شروطهم » فأما ان أكراه عينا وشرط عليه أن لا يسير بها فى الليل أو وقت القائلة أو لا يتأخر بها عن القافلة أو لا يجعل سيره فى آخرها أو لا يسلك بها الطريق الفلانية وأشباه هذا مما له فيه غرض فخالف ضمن لانه متعد لشرط كريه فضمن ما تلف به كما لو شرط عليه أن لا يحمل عليها الا قفيزاً فحمل اثنين .

(فصل) وان كانت الاجارة فاسدة لم يضمن العين أيضا اذا تلفت بغير تفريط ولا تعد لانه عقد لا يقتضى الضمان صحيحه فلا يقتضيه فاسده كالوكالة والمضاربة ، وحكم كل عقد فاسد فى وجوب الضمان حكم صحيحه فما وجب الضمان

فى صحيحه وجب فى فاسده وما لم يجب فى صحيحه لم يجب فى فاسده .

(فصل) وللمستأجر ضرب الدابة بقدر ما جرت به العادة ويكبحها باللجام للاستصلاح ويحثها على السير ليلحق القافلة ، وقد صح أن النبى صلى الله عليه وسلم نخس بعير جابر وضربه وكان أبو بكر رضى الله عنه يخرش بعيره بمحجنه وللرائض ضرب الدابة للتأديب وترتيب المشى والعدو والسير وللمعلم ضرب الصبيان للتأديب ، قال الاثرم : سئل أحمد عن ضرب المعلم الصبيان قال على قدر ذنوبهم ويتوقى بجهده الضرب واذا كان صغيراً لا يعقل فلا يضربه ومن ضرب من هؤلاء الضرب المأذون فيه لم يضمن ما تلف وبهذا فى الدابة قال مالك والشافعى واسحاق وأبو ثور وأبو يوسف ومحمد ، وقال الثورى وأبو حنيفة يضمن لانه تلف بجنايته فضمنه كغير المستأجر وكذلك قال الشافعى فى المعلم يضرب الصبي لانه يمكنه تأديبه بغير الضرب .

ولنا أنه تلف من فعل مستحق فلم يضمن كما لو تلف تحت الحمل ، ولان الضرب معنى تضمنه عقد الاجارة فإذا تلف منه لم يضمن كالركوب وفارق غير المستأجر لانه متعد ، وقول الشافعى : يمكن التأديب بغير الضرب لا يصح فإن العادة خلافه ولو أمكن التأديب بدون الضرب لما جاز الضرب اذ فيه ضرر وايلام مستغنى عنه وان أسرف فى هذا كله أو زاد على ما يحصل الغنى به أو ضرب من لا عقل له من الصبيان فعليه الضمان لانه متعد حصل التلف بعدوانه .

« مسألة » قال ﴿ ولا ضمان على حجام ولا ختان ولا متطبب اذا عرف منهم حذق الصنعة ولم تجن أيديهم ﴾

وجملته : أن هؤلاء اذا فعلوا ما أمروا به لم يضمنوا بشرطين .

أحدهما : أن يكونوا ذوى حذق فى صناعتهم ولهم بها بصارة ومعرفة لانه اذا لم يكن كذلك لم يحل له مباشرة القطع واذا قطع مع هذا كان فعلا محرما فيضمن سرايته كالقطع ابتداء .

الثانى . أن لا تجنى أيديهم فيتجاوزوا ما ينبغى أن يقطع ، فاذا وجد هذان الشرطان لم يضمنوا لانهم قطعوا قطعا مأذونا فيه فلم يضمنوا سرايته كقطع الامام

يد السارق أو فعل فعلا مباحا مأذونا فى فعله أشبه ما ذكرنا ، فأما إن كان حاذقا وجنت يده مثل أن تجاوز قطع الختان إلى الحشفة أو إلى بعضها أو قطع فى غير محل القطع أو يقطع السلعة من إنسان فيتجاوزها أو يقطع بآلة كالة يكثر ألمها أو فى وقت لا يصلح القطع فيه وأشباه هذا ضمن فيه كله لأنه إتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ فأشبه اتلاف المال ، ولأن هذا فعل محرم فيضمن سرايته كالقطع ابتداء وكذلك الحكم فى النزاع والقاطع فى القصاص وقاطع يد السارق . وهذا مذهب الشافعى وأصحاب الرأى ولا نعلم فيه خلافا .

فصل) وان ختن صبياً بغير اذن وليه أو قطع سلعة من انسان بغير اذنه أو من صبى بغير اذن وليه فسرت جنايته ضمن لأنه قطع غير مأذون فيه وان فعل ذلك الحاكم أو من له ولاية عليه أو فعله من أذنا له لم يضمن لأنه مأذون فيه شرعا .

(فصل ويجوز الاستئجار على الختان والمداواة وقطع السلعة لا نعلم فيه خلافا ، ولأنه فعل يحتاج اليه مأذون فيه شرعا فجاز الاستئجار عليه كسائر الأفعال المباحة .

(فصل) ويجوز أن يستأجر حجاماً ليحجمه وأجره مباح وهذا اختيار أبى الخطاب ، وهذا قول ابن عباس قال : أنا آكله وبه قال عكرمة والقاسم وأبو جعفر ومحمد بن على بن الحسين وربيعة ويحيى الانصارى ومالك والشافعى وأصحاب الرأى ، وقال القاضى : لا يباح أجر الحجام وذكر أن أحمد نص عليه فى مواضع وقال أعطى شيئا من غير عقد ولا شرط فله أخذه ويصرفه فى علف دوابه وطعمة عبيده ومؤنة صناعته ولا يحل له أكله ، وممن كره كسب الحجام عثمان وأبو هريرة والحسن والنخعى وذلك لان النبى صلى الله عليه وسلم قال « كسب الحجام خبيث » رواه مسلم وقال « أطعمه ناضحك ورقيقك » .

ولنا ما روى ابن عباس قال « احتجم النبى صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجره ولو علمه حراما لم يعطه » متفق عليه ، وفى لفظ لو علمه خبيثا لم يعطه ، ولانها منفعة مباحة لا يختص فاعلها أن يكون من أهل القربة فجاز الاستئجار عليها كالبناء والخياطة ، ولان بالناس حاجة اليها ولا نجد كل أحد متبرعا بها فجاز الاستئجار عليها كالرضاع وقول النبى صلى الله عليه وسلم فى كسب الحجام « أطعمه رقيقك » دليل

على اباحة كسبه اذ غير جائز أن يطعم رقيقه ما يحرم أكله فإن الرقيق آدميون يحرم عليهم ما حرمه الله تعالى كما يحرم على الاحرار ، وتخصيص ذلك بما أعطيه من غير استئجار تحكم لا دليل عليه وتسميته كسبا خبيثا لا يلزم منه التحريم فقد سمى النبي صلى الله عليه وسلم الثوم والبصل خبيثين مع اباحتهما .

وانما كره النبي صلى الله عليه وسلم ذلك للحر تنزيها لدناءة هذه الصناعة وليس عن أحمد نص فى تحريم كسب الحجام ولا الاستئجار عليها ، وانما قال : نحن نعطيه كما أعطى النبي صلى الله عليه وسلم ، ونقول له كما قال النبي صلى الله عليه وسلم لما سئل عن أكله نهاه وقال « أعلفه الناضح والرقيق » وهذا معنى كلامه فى جميع الروايات ، وليس هذا صريحا فى تحريمه بل فيه دليل على اباحته كما فى قول النبي صلى الله عليه وسلم وفعله على ما بينا ، وأن اعطاءه للحجام دليل على اباحته اذ لا يعطيه ما يحرم عليه ، وهو عليه السلام يعلم الناس وينهاهم عن المحرمات فكيف يعطيهم اياها ويمكنهم منها ، وأمره بإطعام الرقيق منها دليل على الاباحه فيتعين حمل نهيه عن أكلها على الكراهة دون التحريم ، وكذلك قول الامام أحمد . فإنه لم يخرج عن قول النبي صلى الله عليه وسلم وفعله وانما قصد اتباعه صلى الله عليه وسلم وكذلك سائر من كرهه من الائمه يتعين حمل كلامهم على هذا . ولا يكون فى المسألة قائل بالتحريم : واذا ثبت هذا فإنه يكره للحر أكل كسب الحجام ويكره تعلم صناعة الحجامه واجارة نفسه لها لما فيها من الاخبار . ولان فيها دناءة فكره الدخول فيها كالكسح . وعلى هذا يحمل قول الائمه الذين ذكرنا عنهم كراهتها جمعا بين الاخبار الواردة فيها وتوفيقا بين الادلة الدالة عليها والله أعلم .

فصل

فأما استئجار الحجام لغير الحجامه كالفصد وحلق الشعر وتقصيره والختان وقطع شيء من الجسد للحاجه اليه فجائز لان قول النبي صلى الله عليه وسلم « كسب الحجام خبيث » يعني بالحجامه كما نهى عن مهر البغي أى فى البغاء ، وكذلك لو كسب بصناعة أخرى لم يكن خبيثا بغير خلاف ، وهذا النهي مخالف للقياس مختص بالمحل الذي ورد فيه ، ولان هذه الامور تدعو الحاجه اليها ولا تحريم فيها فجازت الاجارة فيها وأخذ الاجر عليها كسائر المنافع المباحه .

(فصـــل)

ويجوز أن يستأجر كحالا ليكحل عينه لأنه عمل جائز ويمكن تسليمه ، ويحتاج أن يقدر ذلك بالمدة ، لأن العمل غير مضبوط فيقدر به ويحتاج الى بيان قدر ما يكحله مرة فى كل يوم أو مرتين . فأما إن قدرها بالبرء فقال القاضى : لا يجوز لأنه غير معلوم .

وقال ابن أبى موسى : لا بأس بمشارطة الطبيب على البرء ، لأن أبا سعيد حين رقى الرجل شارطه على البرء . والصحيح إن شاء الله أن هذا يجوز ، لكن يكون جعالة لا إجارة ، فإن الاجارة لا بد فيها من مدة أو عمل معلوم . فأما الجعالة فتجوز على عمل مجهول كرد اللقطة والآبق ، وحديث أبى سعيد فى الرقية إنما كان جعالة فيجوز ههنا مثله . اذا ثبت هذا . فإن الكحل ان كان من العليل جاز . لأن آلات العمل تكون من المستأجر كاللبن فى البناء والطين والآجر ونحوها ، وان شارطه على الكحل جاز . وقال القاضى : يحتمل ان لا يجوز لأن الأعيان لا تملك بعقد الاجارة فلا يصح اشتراطه على العامل كلبن الحائط

ولنا : أن العادة جارية . ويشق على العليل تحصيله . وقد يعجز عنه بالكلية فجاز ذلك كالصبغ من الصباغ واللبن فى الرضاع والحبر والاقلام من الوراق . وما ذكروه ينتقض بهذه الأصول ، وفارق لبن الحائط لان العادة تحصيل المستأجر له ولا يشق ذلك بخلاف مسألتنا . وقال أصحاب مالك : يجوز أن يستأجره ليبنى له حائطا والآجر من عنده ، لانه اشترط ما تتم به الصنعة التى عقد عليها ، فإذا كان مباحا معروفا جاز ، كما لو استأجره ليصبغ ثوبا والصبغ من عنده

ولنا أن عقد الاجارة عقد على المنفعة فإذا شرط فيه بيع العين صار كبيعتين فى بيعة ويفارق الصبغ ، وما ذكرنا من الصورة التى جاز فيها ذلك من حيث ان الحاجة داعية اليه ، لان تحصيل الصبغ يشق على صاحب الثوب ، وقد يكون الصبغ لا يحصل الا فى حيث يحتاج الى مؤنة كثيرة لا يحتاج اليها فى صبغ هذا الثوب ، فجاز لمسيس الحاجة اليه بخلاف مسألتنا

(فصـل) واذا استأجره مدة فكحله فيها فلم تبرأ عينه استحق الاجر : وبه

قال الجماعة ، وحكى عن مالك أنه لا يستحق أجراً حتى تبرأ عينه : ولم يحك ذلك أصحابه ، وهو فاسد لان المستأجر قد وفى العمل الذى وقع العقد عليه فوجب له الاجر ، وان لم يحصل الغرض كما لو استأجره لبناء حائط يوما أو لخياطة قميص فلم يتمه فيه ، وان برئت عينه فى أثناء المدة انفسخت الاجارة فيما بقى من المدة ، لأنه قد تعذر العمل ، فأشبه ما لو حجر عنه أمر غالب ، وكذلك لو مات فإن امتنع من الاكتحال مع بقاء المرض استحق الكحال الاجر بمضى المدة ، كما لو استأجره يوما للبناء فلم يستعمله فيه ، فأما ان شارطه على البرء فإنه يكون جعالة فلا يستحق شيئا حتى يوجد البرء ، سواء وجد قريبا أو بعيدا ، فإن برىء بغير كحله أو تعذر الكحل لموته أو غير ذلك من الموانع التى من جهة المستأجر فله أجر مثله ، كما لو عمل العامل فى الجعالة ثم فسخ العقد ، وان امتنع لامر من جهة الكحال أو غير الجاعل فلا شىء له ، وان فسخ الجاعل الجعالة بعد عمل الكحال فعليه أجر عمله . فإن فسخ الكحال فلا شىء له لانها جعالة فثبت فيها ما ذكرناه

(فصـــل ويجوز أن يستأجر طبيبا ليداويه ، والكلام فيه كالكلام فى الكحال سواء ، الا أنه لا يجوز اشتراط الدواء على الطبيب لان ذلك انما جاز فى الكحال على خلاف الاصل للحاجة اليه وجرى العادة به : فلم يوجد ذلك المعنى ههنا ، فثبت الحكم فيه على وفق الاصل والله أعلم

(فصـل) ويجوز أن يستأجر من يقلع ضرسه لانها منفعة مباحة مقصودة فجاز الاستئجار على فعلها كالختان ، فان أخطأ فقلع غير ماأمر بقلعه ضمنه لانه من جنايته ، وان برأ الضرس قبل قلعه انفسخت الاجارة لان قلعه لا يجوز ، وان لم يبرأ لكن امتنع المستأجر من قلعه لم يجبر عليه لان اتلاف جزء من الآدمى محرم فى الاصل ، وانما أبيح اذا صار بقاؤه ضرراً ، وذلك مفوض الى كل انسان فى نفسه اذا كان أهلا لذلك ، وصاحب الضرس أعلم بمضرته ومنفعته وقدر المدة

(فصـل) ومن استؤجر على عمل موصوف فى الذمة ، كخياطة أو بناء أو قلع ضرس فبذل الاجير نفسه للعمل فلم يمكنه المستأجر لم تستقر الاجرة بذلك لانه عقد على المنفعه من غير تقدير فلم يستقر بدلها بالبذل كالصداق لا يستقر ببذل المرأة نفسها ويفارق حبس الدابه مدة الاجارة لان المنافع تلفت تحت يده بخلاف مسألتنا

« مسألة » قال (ولا ضمان على الراعى إذا لم يتعد

لا نعلم خلافا فى صحة استئجار الراعى ، وقد دل عليه قول الله تعالى مخبراً عن شعيب أنه قال (إنى أريد أن أنكحك إحدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج) وقد علم أن موسى عليه السلام إنما آجر نفسه لرعاية الغنم . إذا ثبت هذا فإنه لا ضمان على الراعى فيما تلف من الماشية ما لم يتعد ولا نعلم فيه خلافا إلا عن الشعبى ، فإنه روى عنه أنه ضمن الراعى

ولنا أنه مؤتمن على حفظها فلم يضمن من غير تعد كالمودع ، ولانها عين قبضها بحكم الإجارة فلم يضمنها من غير تعد كالعين المستأجرة ، فأما ماتلف بتعديه فيضمنه بغير خلاف ، مثل أن ينام عن السائمة أو يغفل عنها أو يتركها تتباعد منه أو تغيب عن نظره وحفظه أو ضربها ضرباً يسرف فيه أو فى غير موضع الضرب أو من غير حاجة اليه أو سلك بها موضعا تتعرض فيه للتلف وأشباه هذا مما يعد تفريطا وتعديا فتتلف به فعليه ضمانها لانها تلفت بعدوانه فضمنها، كالمودع إذا تعدى ، وان اختلفا فى التعدى وعدمه فالقول قول الراعى لأنه أمين ، وان فعل فعلا اختلفا فى كونه تعديا رجع الى أهل الخبرة . ولو جاء بجلد شاة وقال ماتت قبل قوله ولم يضمن . وعن احمد أنه يضمن ولا يقبل قوله . والصحيح الأول لان الامناء تقبل أقوالهم كالمودع ، ولانه يتعذر عليه إقامة البينة فى الغالب فأشبه المودع ، كذلك لو ادعى موتها من غير أن يأتى بجلدها .

(فصل)

ولا يصح العقد فى الرعى إلا على مدة معلومة لان العمل لا ينحصر ، ويجوز العقد على رعى ماشية معينة وعلى جنس فى الذمة ، فإن عقد على معينة فذكر أصحابنا أنه يتعلق بأعيانها كما لو استأجره لخياطة ثوب بعينه فلا يجوز إبداله ، ويبطل العقد بتلفها . وان تلف بعضها بطل عقد الإجارة فيه ، وله أجر مابقى منها بالحصة وان ولدت سخالا لم يكن عليه رعيها لانها زيادة لم يتناولها العقد ، ويحتمل أن لا يتعلق بأعيانها لانها ليست المعقود عليها ، وإنما يستوفى المنفعة بها فأشبه ما لو استأجر ظهراً ليركبه جاز أن يركب غيره مكانه، ولو استأجر دارا ليسكنها جاز أن

يسكنها مثله ، ولو استأجر أرضا ليزرعها حنطة جاز أن يزرعها ما هو مثلها فى الضرر أو أدنى منها ، وإنما المعقود عليه منفعة الراعى ، ولهذا يجب له الاجر اذا سلم نفسه وان لم يرع ، ويفارق الثوب فى الخياطة لان الثياب فى مظنة الاختلاف فى سهولة خياطتها ومشقتها بخلاف الرعى ، فعلى هذا له إبدالها بمثلها ، وان تلف بعضها لم ينفسخ العقد فيه وكان له إبداله ، وان وقع العقد على موصوف فى الذمة فلا بد من ذكر جنس الحيوان ونوعه ابلا أو بقراً ، أو غنما أو ضأنا أو معزاً ، وان أطلق ذكر البقر والابل لم يتناول الجواميس والبخاتى ، لان اطلاق الاسم لا يتناولها عرفا ، وان وقع العقد فى مكان يتناولها اطلاق الاسم احتاج الى ذكر نوع ما يراه منها كالغنم ، لان كل نوع له أثر فى أتعاب الراعى ، ويذكر الكبر والصغر فيقول كباراً أو سخالا أو عجاجيل أو فصلانا ، الا ان يكون ثم قرينة أو عرف صارف الى بعضها فيغنى عن الذكر ، واذا عقد على عدد موصوف كالمائة لم يجب عليه رعى زيادة عليها لا من سخالها ولا من غيرها ، وان أطلق العقد ولم يذكر عدداً لم يجز ، وهذا ظاهر مذهب الشافعى

وقال القاضى يصح ويحمل على ما جرت به العادة ، كالمائة من الغنم ونحوها ، وهو قول بعض أصحاب الشافعى والاول أصح لان العادة فى ذلك تختلف وتتباين كثيرا ، اذ العمل يختلف باختلافه

(فصل فيما تجوز اجارته)

تجوز اجارة كل عين يمكن أن ينتفع بها منفعة مباحة مع بقائها بحكم الاصل كالارض والدار والعبد والبهيمة والثياب والفساطيط والحبال والخيام والمحامل والسرج واللجام والسيف والرمح وأشباه ذلك ؛ وقد ذكرنا كثيراً مما تجوز اجارته فى مواضعه ، وتجوز اجارة الحلى نص عليه أحمد فى رواية ابنه عبد الله ، وبهذا قال الثورى والشافعى واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى . وروى عن احمد أنه قال فى اجارة الحلى ما أدرى ما هو ؟

قال القاضى . هو محمول على اجارته بأجرة من جنسه ، فأما بغير جنسه فلا بأس به لتصريح أحمد بجوازه ، وقال مالك فى اجارة الحلى والثياب : ما هو من المشتبهات ، ولعله يذهب الى أن المقصود بذلك الزينة ، وليس ذلك من المقاصد

الأصلية ومن منع ذلك بأجر من جنسه فقد احتج له بأنها تحتك بالاستعمال فيذهب منها أجزاء وإن كانت يسيرة فيحصل الأجر فى مقابلتها ومقابلة الانتفاع بها فيفضى الى بيع ذهب بذهب وشيء آخر . ولنا أنها عين ينتفع بها منفعة مباحة مقصودة مع بقاء عينها فأشبهت سائر ماتجوز إجارته، والزينة من المقاصد الأصلية فإن الله تعالى امتن بها علينا بقوله تعالى (لتركبوها وزينة) وقال تعالى (قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده) وأباح الله تعالى من التحلي واللباس للنساء ماحرمه على الرجال لحاجتهن إلى التزين للأزواج وأسقط الزكاة عن حليهن معونة لهن على اقتنائه وماذكروه من نقصها بالاحتكاك لايصح لان ذلك يسير لايقابل بعوض ولا يكاد يظهر فى وزن ولو ظهر فالاجر فى مقابلة الانتفاع لافى مقابلة الاجزاء لان الاجر فى الاجارة انما هو عوض المنفعة كما فى سائر المواضع ولو كان فى مقابلة الجزء الذاهب لما جاز اجارة أحد النقدين بالآخر لافضائه الى الفرق فى معاوضة أحدهما بالآخر قبل القبض والله أعلم .

(فصـــل) وتجوز إجارة الدراهم والدنانير للوزن والتحلي فى مدة معلومة ، وبه قال أبو حنيفة ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، والوجه الآخر أنها لا تجوز إجارتها لأن هـذه المنفعة ليست المقصود منها ؛ ولذلك لا تضمن منفعتها بغصبها فأشبهت الشمع .

ولنا أنها عين أمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها منفعة مباحة فأشبهت الحلي ، وفارق الشمع فإنه لا ينتفع به الا بما أتلف عينه . اذا ثبت هذا فإنه ان ذكر مايستأجره له وعينه فحسن ، وان أطلق الاجارة فقال أبو الخطاب تصح الاجارة وينتفع بها فيما شاء منها ، لأن منفعتها فى الاجارة متعينة فى التحلي والوزن وهما متقاربان ، فوجب أن تحمل الاجارة عند الاطلاق عليهما كاستئجار الدار مطلقاً فإنه يتناول السكنى ووضع المتاع فيها

وقال القاضي : لاتصح الاجارة وتكون قرضاً وهذا مذهب أبي حنيفة لان الاجارة تقتضى الانتفاع والانتفاع المعتاد بالدراهم والدنانير انما هو بأعيانها فإذا أطلق الانتفاع حمل على الانتفاع المعتاد .

وقال أصحاب الشافعي : لاتصح الاجارة فلاتكون قرضا لان التحلي ينقصها

والوزن لا ينقصها فقد اختلفت جهة الانتفاع فلم يجز اطلاقها ولا يجوز أن يعبر بها عن القرض لان القرض تمليك للغير والاجارة تقتضى الانتفاع مع بقاء العين فلم يجز التعبير بأحدهما عن الآخر ، ولأن التسمية والألفاظ تؤخذ نقلا ولم يعهد فى اللسان التعبير بالإجارة عن القرض ، وقول أبى الخطاب أصح إن شاء الله لأن العقد متى أمكن حمله على الصحة كان أولى من إفساده وقد أمكن حمله على إجارتها للجهة التى تجوز إجارتها فيها ، وقول القاضى لا يصح لأن الإجارة إنما تقتضى انتفاعا مع بقاء العين فلا تحمل على غير ذلك وما ذكر الآخرون من نقص العين بالاستعمال فى التحلى فبعيد فإن ذلك يسير لا أثر له فوجوده كعدمه .

(فصل) ويجوز أن يستأجر شجراً ونخيلا ليجفف عليها الثياب أو يبسطها عليها ليستظل بظلها ولأصحاب الشافعى فى ذلك وجهان لما ذكروه فى الأثمان .

ولنا أنها لو كانت مقطوعة لجاز استئجارها لذلك فكذلك إذا كانت نابتة وذلك لأن الانتفاع يحصل بهما على السواء فى الحالتين فما جاز فى إحداهما يجوز فى الأخرى ولأنها شجرة فجاز استئجارها لذلك كالمقطوعة ، ولأنها منفعة مقصودة يمكن استيفاؤها مع بقاء العين فجاز العقد عليها كما لو كانت مقطوعة ولأنها عين يمكن استيفاء هذه المنفعة منها فجاز استئجارها لها كالحبال والخشب والشجر المقطوع

(فصل ويجوز استئجار غنم لتدوس له طينا أو زرعا ولأصحاب الشافعى فيه وجهان لأنها منفعة غير مقصودة من هذا الحيوان فأشبهت النخيل . ولنا أنها منفعة مباحة يمكن استيفاؤها من العين مع بقائها فأشبهت استئجار البقر لدياس الزرع .

(فصل) ويجوز استئجار ما يبقى من الطيب والصندل وأقطاع الكافور والند لتشمه المرضى وغيرهم مدة ثم يرده لأنها منفعة مباحة فأشبهت الوزن والتحلى مع أنه لا ينفك من أخلاق وبلى .

(فصـــل) وتجوز إجارة الحائط ليضع عليها خشبا معلوما مدة معلومة ، وبه قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة لا يجوز .

ولنا أن هذه منفعة مقصودة مقدور على تسليمها واستيفائها لجاز عقد الاجارة عليها كاستئجار السطح للنوم عليه .

(فصل) ويجوز استئجار دار يتخذها مسجداً يصلى فيه ، وبه قال مالك والشافعى

وقال أبو حنيفة : لا يصح ، لأن فعل الصلاة لا يجوز استحقاقه بعقد إجارة بحال فلا تجوز الاجارة لذلك . ولنا أن هذه منفعة مباحة يمكن استيفاؤها من العين مع بقائها فجاز استئجار العين لها كالسكنى ويفارق الصلاة فإنها لا تدخلها النيابة بخلاف بناء المساجد .

(فصل) وذكر ابن عقيل أنه يجوز استئجار البئر ليستقي منها أياما معلومة لأن هواء البئر وعمقها فيه نوع انتفاع بمرور الدلو فيه : وأما نفس الماء فيؤخذ على أصل الاباحة والله الموفق .

(فصل)

ويجوز استئجار الفهد والبازي والصقر للصيد في مدة معلومة لأن فيه نفعا مباحا تجوز إعارته له فجازت إجارته له كالدابة وتجوز إجارة كتب العلم التي يجوز بيعها للانتفاع بها في القراءة فيها والنسخ منها لما ذكرناه وتجوز إجارة درج فيه خط حسن يكتب عليه ويتمثل منه لذلك .

(فصل) وما لا تجوز إجارته أقسام .

أحدها : مالا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالمطعوم والمشروب والشمع ليشعله ، لأن الاجارة عقد على المنافع وهذه لا ينتفع بها إلا بإتلاف عينها فإن استأجر شمعة يسرجها ويرد بقيتها وثمن ما ذهب وأجر الباقي كان فاسداً لأنه يشمل بيعاً وإجارة وما وقع عليه البيع مجهول وإذا جهل المبيع جهل المستأجر أيضا فيفسد العقدان : ولو استأجر شمعا ليتجمل به ويرده من غير أن يشعل منه شيئا لم يجز لان ذلك ليس بمنفعة مرعية في الشرع فبذل المال فيه سفه وأخذه أكل مال بالباطل فلم يجز كما لو استأجر خبزا لينظر اليه ، وكذلك لو استأجر طعاما ليتجمل به على مائدته ثم يرده لم يجز لما ذكرنا وهكذا سائر الاشياء ، ولا يصح استئجار مالا يبقى من الرياحين كالورد والبنفسج والريحان الفارسي وأشباهه لشمها لانها تتلف عن قرب فأشبهت المطعومات ولا يجوز استئجار الغنم ولا الإبل والبقر ليأخذ لبنها ولا ليسترضعها السخالة ونحوها ولا استئجارها ليأخذ صوفها ولا شعرها ولا وبرها ولا استئجار شجرة ليأخذ ثمرتها أو شيئا من عينها

فصل

ولا تجوز إجارة الفحل للضراب ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي وأصحاب الرأي وأبي ثور وابن المنذر، وخرج أبو الخطاب وجها في جوازه لأنه انتفاع مباح والحاجة تدعو اليه فجاز كاجارة الظئر للرضاع والبئر ايستقى منها الماء ولأنها منفعة تستباح بالإعارة فتستباح بالإجارة كسائر المنافع . وهذا مذهب الحسن وابن سيرين

ولنا « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن عسب الفحل » متفق عليه ، وفي لفظ « نهى عن ضراب الجمل » ولأن المقصود الماء الذي يخلق منه الولد فيكون عقد الاجارة لاستيفاء عين غائبة فلم يجز كاجارة الغنم لأخذ لبنها ، وهذا أولى فإن هذا الماء محرم لا قيمة له فلم يجز أخذ العوض عنه كالميتة والدم وهو مجهول فأشبه اللبن في الضرع .

فأما من أجازه فينبغي أن يوقع العقد على العمل ويقدره بمرة أو مرتين أو أكثر وقيل يقع العقد على مدة وهذا بعيد لأن من أراد إطراق فرسه مرة فقدره بمدة تزيد على قدر الفعل لم يمكن استيعابها به وان اقتصر على مقداره فربما لا يحصل الفعل فيه ويتعذر أيضا ضبط مقدار الفعل فيتعين التقدير بالفعل إلا أن يكترى فحلا لإطراق ماشية كثيرة كفحل يتركه في إبله أو تيس في غنمه فإن هذا إنما يكترى مدة معلومة ، والمذهب أنه لا يجوز إجارته فإن احتاج إنسان الى ذلك ولم يجد من يطرق له جاز له أن يبذل الكراء وليس للمطرق أخذه .

قال عطاء . لا يأخذ عليه شيئاً ولا بأس أن يعطيه إذا لم يجد من يطرق له ، ولأن ذلك بذل مال لتحصيل منفعة مباحة تدعو الحاجة اليها فجاز كشراء الأسير ورشوة الظالم ليدفع ظلمه ، وإن أطرق إنسان فحله بغير إجارة ولا شرط فأهديت له هدية أو أكرم بكرامة لذلك فلا بأس به لأنه فعل معروفا فجازت مجازاته عليه كما لو أهدى هدية .

(فصل) القسم الثاني : ما منفعته محرمة كالزنا والزمر والنوح والغناء فلا يجوز الاستئجار لفعله ، وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وصاحباه وأبو ثور وكره ذلك الشعبي والنخعي لأنه محرم فلم يجز الاستئجار عليه كاجارة أمته للزنا ، ولا يجوز استئجار كاتب ليكتب له غناء ونوحا ، وقال أبو حنيفة : يجوز .

ولنا أنه انتفاع بمحرم فأشبه ما ذكرنا ، ولا يجوز الاستئجار على كتابة شعر محرم ولا بدعة ولا شيء محرم لذلك ، ولا يجوز الاستئجار على حمل الخمر لمن يشربها ولا على حمل خنزير ولا ميتة لذلك، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد والشافعي وقال أبو حنيفة يجوز لأن العمل لا يتعين عليه بدليل أنه لو حمله مثله جاز ولأنه لو قصد إراقته أو طرح الميتة جاز .

وقد روى عن أحمد فيمن حمل خنزيراً أو ميتة أو خمراً لنصراني أكره أكل كرائه ولكن يقضى للحمال بالكراء فإذا كان لمسلم فهو أشد ، قال القاضي هذا محمول على أنه استأجره ليريقها ، فأما للشرب فمحذور لا يحل أخذ الأجرة عليه وهذا التأويل بعيد لقوله أكره أكل كرائه وإذا كان لمسلم فهو أشد ، ولكن المذهب خلاف هذه الرواية لأنه استئجار لفعل محرم فلم يصح كالزنا ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لعن حاملها والمحمولة اليه ، وقوله لا يتعين يبطل باستئجار أرض ليتخذها مسجداً ، وأما حمل هذه لاراقتها والميتة لطرحها ، والاستئجار للكنف فجائز لأن ذلك كله مباح ، وقد استأجر النبي صلى الله عليه وسلم أبا طيبه لحجمه ، وقال أحمد فى رواية ابن منصور فى الرجل يؤجر نفسه لنظارة كرم النصراني يكره ذلك لأن الأصل فى ذلك راجع الى الخمر .

(فصل)

ويكره أن يؤجر الرجل نفسه لكسح الكنف ويكره له أكل اجره لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « كسب الحجام خبيث » ونهى الحر عن أكله فهذا أولى ، وقد روى عن ابن عباس أن رجلا حج ثم أتاه فقال : إنى رجل أكنس فما ترى فى مكسبي ؟ قال أى شيء تكنس ؟ قال العذرة قال ومنه حججت ومنه تزوجت ؟ قال نعم قال أنت خبيث وحجك خبيث وما تزوجت خبيث أو نحو هذا، ذكره سعيد بن منصور فى سننه بمعناه ولأن فيه دناءة فكره كالحجامة ، فأما الإجارة فى الجملة فجائزة لأن الحاجة داعية اليها فلا تندفع بدون إباحة الإجارة فوجب إباحتها كالحجامة .

(فصل) ولا يجوز للرجل إجارة داره لمن يتخذها كنيسة أو بيعة أو يتخذها لبيع الخمر أو القمار ، وبه قال الجماعة .

وقال أبو حنيفة : إن كان بيتك فى السواد فلا بأس أن تؤجره لذلك وخالفه صاحباه واختلف أصحابه فى تأويل قوله .

ولنا أنه فعل محرم فلم تجز الاجارة عليه كإجارة عبده للفجور ولو اكترى ذمى من مسلم داره فأراد بيع الخمر فيها فلصاحب الدار منعه ، وبذلك قال الثورى وقال أصحاب الرأى إن كان بيته فى السواد والجبل فله أن يفعل ما شاء . ولنا أنه فعل محرم جاز المنع منه فى المصر فجاز فى السواد كقتل النفس المحرمة .

(فصـــل)

القسم الثالث : ما يحرم بيعه إلا الحر والوقف وأم الولد والمدبر فإنه يجوز إجارتها وان حرم بيعها وما عدا ذلك فلا تجوز إجارته سواء كان ممن لا يقدر على تسليمه كالعبد الآبق والجمل الناد والبهيمة الشاردة والمغصوب من غير غاصبه أو ممن لا يقدر على انتزاعه منه فانه لا تجوز إجارته ، لأنه لا يمكن تسليم المعقود عليه وإن كان مما تجهل صفته فإنه لا تجوز إجارته فى ظاهر المذهب أو كان ممن لا نفع فيه كسباع البهائم ، أو الطير التى لا تصلح للاصطياد ، ولا تجوز إجارة الكلب ولا الخنزير بحال ويتخرج جواز إجارة الكلب الذى يباح اقتناؤه لأن فيه نفعاً مباحا تجوز له اعارته فجازت اجارته له كغيره ، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين ، ولا تجوز اجارة مالا يقدر على تسليم منفعته سواء جاز بيعه أو لم يجز مثل أن يغصب منفعته بأن يدعى انسان أن هذه الدار فى اجارته عاما ويغلب صاحبها عليها فإنه لا تجوز اجارتها فى هذا العام الا من غاصبها أو ممن يقدر على أخذها منه .

قال أصحابنا ولا تجوز اجارة المشاع لغير الشريك الا أن يؤجر الشريكان معاً ، وهذا قول أبى حنيفة وزفر لأنه لا يقدر على تسليمه فلم تصح اجارته كالمغصوب وذلك لأنه لا يقدر على تسليمه الا بتسليم نصيب شريكه ولا ولاية له على مال شريكه ، واختار أبو حفص العكبرى جواز ذلك ، وقد أومأ اليه أحمد وهو قول مالك والشافعى وأبى يوسف ومحمـــد لأنه معلوم يجوز بيعه فجازت اجارته كالمفروز ولانه عقد فى ملكه يجوز مع شريكه فجاز مع غيره كالبيع ولانه يجوز اذا فعله الشريكان معا فجاز لأحدهما فعله فى نصيبه مفردا كالبيع ؛

ومن نصر الأول فرق بين محل النزاع وبين ما إذا أجره الشريكان أو أجره لشريكه بأنه يمكن التسليم إلى المستأجر فأشبه إجارة المغصوب من غاصبه دون غيره ، وإن كانت الدار لواحد فأجر نصفها صح لأنه يمكنه تسليمه ثم إن أجر نصفها الآخر المستأجر الأول صح فإنه يمكنه تسليمه اليه وإن أجره لغيره ففيه وجهان بناء على المسألة التي قبلها لأنه لا يمكنه تسليم ما أجره إليه وإن أجر الدار لاثنين لكل واحد منهما نصفها فكذلك لأنه لا يمكنه تسليم نصيب كل واحد منهما إليه .

(فصل) وفي إجارة المصحف وجهان .

أحدهما : لا تصح إجارته مبنيا على أنه لا يصح بيعه وعلة ذلك إجلال كلام الله وكتابه عن المعاوضة به وابتذاله بالثمن في البيع والأجر في الإجارة .

والثاني : تجوز إجارته وهو مذهب الشافعي لأنه انتفاع مباح تجوز الإعارة من أجله فجازت فيه الإجارة كسائر الكتب ، فأما سائر الكتب الجائز بيعها فتجوز إجارتها ، ومقتضى مذهب أبي حنيفة أنها لا تجوز إجارتها لأنه علل منع إجارة المصحف بأنه ليس في ذلك أكثر من النظر إليه ولا تجوز الإجارة لمثل ذلك بدليل أنه لا يجوز أن يستأجر سقفاً لينظر إلى عمله وتصاويره أو شمعا ليتجمل به .

ولنا أنه انتفاع مباح يحتاج إليه وتجوز الاعارة له فجازت اجارته كسائر المنافع وفارق النظر الى السقف فإنه لا حاجة اليه ولا جرت العادة بالاعارة من أجله وفي مسألتنا يحتاج الى القراءة في الكتب والتحفظ منها والنسخ والسماع منها والرواية وغير ذلك من الانتفاع المقصود المحتاج اليه .

فصل

ولا تجوز اجارة المسلم للذمي لخدمته نص عليه أحمد في رواية الأثرم فقال : ان أجر نفسه من الذمي في خدمته لم يجز وان كان في عمل شيء جاز وهذا أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر تجوز لأنه تجوز له اجارة نفسه في غير الخدمة فجاز فيها كإجارته من المسلم .

ولنا أنه عقد يتضمن حبس المسلم عند الكافر واذلاله له واستخدامه أشبه البيع يحققه أن عقد الاجارة للخدمة يتعين فيه حبسه مدة الاجارة واستخدامه ، والبيع لا يتعين فيه ذلك فإذا منع منه فلأن يمنع من الاجارة أولى ، فأما ان أجر نفسه منه

فى عمل معين فى الذمة كخياطة ثوب وقصارته جاز بغير خلاف نعلمه لأن عليا رضى الله عنه أجر نفسه من يهودي يسقى له كل دلو بتمرة وأخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك فلم ينكره وكذلك الأنصارى ، ولأنه عقد معاوضة لا يتضمن اذلال المسلم ولا استخدامه أشبه مبايعته وان أجر نفسه منه لعمل غير الخدمة مدة معلومة جاز أيضا فى ظاهر كلام أحمد لقوله فى رواية الأثرم وان كان فى عمل شيء جاز .

ونقل عنه أحمد بن سعيد : لا بأس أن يؤجر نفسه من الذمى وهذا مطلق فى نوعى الاجارة وذكر بعض أصحابنا أن ظاهر كلام أحمد منع ذلك وأشار الى مارواه الأثرم واحتج بأنه عقد يتضمن حبس المسلم أشبه البيع والصحيح ما ذكرنا وكلام أحمد انما يدل على خلاف ما قاله فإنه خص المنع بالاجارة للخدمة وأجاز اجارته للعمل وهذا اجارة للعمل ويفارق البيع فإن فيه اثبات الملك على المسلم ويفارق اجارته للخدمة لتضمنها الاذلال .

(فصل) نقل ابراهيم الحربى عن أحمد أنه سئل عن الرجل يكترى الديك يوقظه لوقت الصلاة لا يجوز وذلك لأن ذلك يقف على فعل الديك ولا يمكن استخراج ذلك منه بضرب ولا غيره وقد يصيح وقد لا يصيح وربما صاح بعد الوقت .

(فصل) القسم الرابع : القرب التى يختص فاعلها بكونه من أهل القربة يعنى أنه يشترط كونه مسلما كالامامة والاذان والحج وتعليم القرآن نص عليه أحمد وبه قال عطاء والضحاك بن قيس وأبو حنيفة والزهرى وكره الزهرى واسحاق تعليم القرآن بأجر .

وقال عبد الله بن شقيق هذه الرغف التى يأخذها المعلون من السحت ، وممن كره أجرة التعليم مع الشرط الحسن وابن سيرين وطاوس والشعبي والنخعى . وعن أحمد رواية أخرى يجوز ذلك حكاها أبو الخطاب .

ونقل أبو طالب عن أحمد أنه قال : التعليم أحب إلى من أن يتوكل لهؤلاء السلاطين ومن أن يتوكل لرجل من عامة الناس فى ضيعة ومن أن يستدين ويتجر

لعله لا يقدر على الوفاء فيلقى الله تعالى بأمانات الناس ، التعليم أحب الى ، وهذا يدل على أن منعه منه فى موضع منعه للكراهة لا للتحريم .

وممن أجاز ذلك مالك والشافعي ورخص فى أجور المعلمين أبو قلابة وأبو ثور وابن المنذر لان رسول الله صلى الله عليه وسلم زوج رجلا بما معه من القرآن متفق عليه ، واذا جاز تعليم القرآن عوضا فى باب النكاح وقام مقام المهر جاز أخذ الاجرة عليه فى الاجارة وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله » حديث صحيح ، وثبت أن أبا سعيد رقى رجلا بفاتحة الكتاب على جعل فبرأ وأخذ أصحابه الجعل فأتوا به رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبروه وسألوه فقال « لعمرى لمن أكل برقية باطل لقد أكلت برقية حق كلوا واضربوا الى معكم بسهم » .

واذا جاز أخذ الجعل جاز أخذ الاجر لانه فى معناه ، ولانه يجوز أخذ الرزق عليه من بيت المال فجاز أخذ الاجر عليه كبناء المساجد والقناطر ، ولان الحاجة تدعو الى ذلك فإنه يحتاج الى الاستنابة فى الحج عمن وجب عليه الحج وعجز عن فعله ولا يكاد يوجد متبرع بذلك فيحتاج الى بذل الاجر فيه .

ووجه الرواية الاولى ما روى عثمان بن أبى العاص قال ان آخر ما عهد الى النبي (ص أن اتخذ مؤذنا لا يأخذ على أذانه أجراً » قال الترمذى هذا حديث حسن ، وروى عبادة بن الصامت قال : علمت ناسا من أهل الصفة القرآن والكتابة فأهدى الى رجل منهم قوسا ، قال قلت قوس وليست بمال قال قلت أتقلدها فى سبيل الله فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم وقص عليه القصة ، قال « ان سرك أن يقلدك الله قوسا من نار فاقبلها » .

وعن أبى بن كعب أنه علم رجلا سورة من القرآن فأهدى اليه خميصة أو ثوبا فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال « لو أنك لبستها أو أخذتها ألبسك الله مكانها ثوبا من نار » وعن أبى قال كنت أختلف الى رجل مسن قد أصابته علة قد احتبس فى بيته أقرئه القرآن فكان عند فراغه مما أقرئه يقول لجارية له هلمى بطعام أخى فيؤتى بطعام لا آكل مثله بالمدينة فحاك فى نفسى منه شيء فذكرته للنبي (ص) فقال « ان كان ذلك الطعام طعامه وطعام أهله فكل منه وان كان يتحفك به

فلا تأكله ، وعن عبد الرحمن بن شبل الانصاري قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « اقرؤا القرآن ولا تغلو فيه ولا تجفوا عنه ولا تأكلوا به ولا تستكثروا به » روى هذه الاحاديث كلها الأثرم في سننه . ولأن من شرط صحة هذه الأفعال كونها قربة إلى الله تعالى فلم يجز أخذ الأجر عليها كما لو استأجر قوما يصلون خلفه الجمعة أو التراويح .

فأما الأخذ على الرقية فإن أحمد اختار جوازه وقال لا بأس ، وذكر حديث أبي سعيد والفرق بينه وبين ما اختلف فيه أن الرقية نوع مداواة والمأخوذ عليها جعل والمداواة يباح أخذ الاجر عليها والجعالة أوسع من الاجارة ، ولهذا تجوز مع جهالة العمل والمدة ، وقوله عليه السلام « أحق ما أخذتم عليه أجرا كتاب الله » يعني به الجعل أيضاً في الرقية ، لانه ذكر ذلك أيضاً في سياق خبر الرقية .

وأما جعل التعليم صداقا ففيه اختلاف وليس في الخبر تصريح بأن التعليم صداق إنما قال « زوجتكها على ما معك من القرآن » فيحتمل أنه زوجه إياها بغير صداق اكراما له كما زوج أبا طلحة أم سليم على إسلامه ، ونقل عنه جوازه ، والفرق بين المهر والاجر أن المهر ليس بعوض محض وإنما وجب نحلة ووصلة ولهذا جاز خلو العقد عن تسميته وصح مع فساده بخلاف الاجر في غيره ، فأما الرزق من بيت المال فيجوز على ما يتعدى نفعه من هذه الامور لان بيت المال لمصالح المسلمين فإذا كان بذله لمن يتعدى نفعه إلى المسلمين محتاجا إليه كان من المصالح وكان للآخذ له أخذه لانه من أهله وجرى مجرى الوقف على من يقوم بهذه المصالح بخلاف الاجر .

(فصــــل)

فإن أعطى المعلم شيئا من غير شرط فظاهر كلام أحمد جوازه ، قال فيما نقل عنه أيوب بن سافرى لا يطالب ولا يشارط فإن أعطى شيئا أخذه ، وقال في رواية أحمد بن سعيد : أكره أجر المعلم إذا شرط ، وقال إذا كان المعلم لا يشارط ولا يطلب من أحد شيئا ان أتاه شيء قبله كأنه يراه أهون ، وكرهه طائفة من أهل العلم لما تقدم من حديث القوس والخميصة اللتين أعطيهما أبي وعبادة من غير شرط ، ولأن ذلك قربة فلم يجز أخذ العوض عنها لا بشرط ولا بغيره كالصلاة والصيام

ووجه الاول قول النبي صلى الله عليه وسلم « ما أتاك من هذا المال من غير مسألة ولا اشراف نفس فخذه وتموله فإنه رزق ساقه الله اليك » وقد أرخص النبي صلى الله عليه وسلم لأبي فى أكل طعام الذى كان يعلمه اذا كان طعامه وطعام أهله ، ولانه اذا كان بغير شرط كان هبة مجردة فجاز كما لو لم يعلمه شيئا ، فأما حديث القوس والخميصة فقضيتان فى عين فيحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم علم أنهما فعلا ذلك لله خالصا فكره أخذ العوض عنه من غير الله تعالى ويحتمل غير ذلك وان أعطى المعلم أجراً على تعليم الصبي الخط وحفظه جاز نص عليه أحمد فقال : ان كان المعطى ينوى أن يعطيه لحفظ الصبي وتعليمه فأرجو اذا كان كذا ، ولان هذا مما يجوز أخذ الاجر عليه مفرداً فجاز مع غيره كسائر ما يجوز الاستئجار عليه وهكذا لو كان امام المسجد قيما له يسرج قناديله ويكنسه ويغلق بابه ويفتحه فأخذ أجراً على خدمته أو كان النائب فى الحج يخدم المستنيب له فى طريق الحج ويشد له ويرفع حمله ويحج عن أبيه فدفع له أجراً لخدمته ، لم يمتنع ذلك ان شاء الله تعالى .

(فصـــل)

وما لا يختص فاعله أن يكون من أهل القربة كتعليم الخط والحساب والشعر المباح وأشباهه وبناء المساجد والقناطر جاز أخذ الاجر عليه لانه يقع تارة قربة وتارة غير قربة فلم يمنع من الاستئجار لفعله كغرس الاشجار وبناء البيوت ، وكذلك فى تعليم الفقه والحديث . وأما ما لا يتعدى نفعه فاعله من العبادات المحضة كالصيام وصلاة الانسان لنفسه ، وحجه عن نفسه وأداء زكاة نفسه فلا يجوز أخذ الاجر عليها بغير خلاف لان الاجر عوض الانتفاع ولم يحصل لغيره ههنا انتفاع فأشبه اجارة الاعيان التى لا نفع فيها .

(فصل) اذا اختلفا فى قدر الاجر فقال : أجرتنيها سنة بدينار قال : بل بدينارين تحالفا ويبدأ بيمين الآجر ، نص عليه أحمد ، وهو قول الشافعي ، لان الاجارة نوع من البيع ؛ فإذا تحالفا قبل مضى شيء من المدة فسخا العقد ورجع كل واحد منهما فى ماله ، وان رضى أحدهما بما حلف عليه الآخر قر العقد ، وان فسخا العقد بعد المدة أو شيء منها سقط المسمى ووجب أجر المثل كما لو اختلفا فى المبيع

بعد تلفه ، وهـذا قول الشافعي ، وبه قال أبو حنيفه إن لم يكن عمل العمل ، وإن كان عمله فالقول قول المستأجر فيما بينه وبين أجر مثله . وقال أبو ثور : القول قول المستأجر لأنه منكر للزيادة فى الأجر والقول قول المنكر

ولنا أن الاجارة نوع من البيع فيتحالفان عند اختلافهما فى عوضها كالبيـع ، وكما قبل أن يعمل العمل عند أبى حنيفه . وقال ابن أبى موسى : القول قول المالك لقول النبى صلى الله عليه وسلم « اذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع » وهذا يحتمل أن يريد به اذا اختلفا فى المدة ، وأما اذا اختلفا فى العوض فالصحيح أنهما يتحالفان لما ذكرناه

(فصل) وان اختلفا فى المدة فقال : أجرتـكها سنة بدينار قال : بل سنتين بدينارين فالقول قول المالك . لانه منـكر للزيادة فـكان القول قوله فيما أنكره كما لو قال بعتك هذا العبد بمائه قال : بل هذين العبدين ، وان قال أجرتـكها سنة بدينار قال : بل سنتين بدينار ، فهنا قد اختلفا فى قدر العوض والمدة جميعاً فيتحالفان . لأنه لم يوجد الاتفاق منهما على مدة بعوض فصار كما لو اختلفا فى العوض مع اتفاق المدة . وان قال المالك : أجرتـكها سنة بدينار ، فقال الساكن : بل استأجرتنى على حفظها بدينار فقال أحمد . القول قول رب الدار . الا أن تـكون للساكن بينة ، وذلك لأن سكنى الدار قد وجد من الساكن واستيفاء منفعتها وهى ملك صاحبها ، والقول قوله فى ملـكه والأصل عدم استئجار الساكن فى الحفظ فكان القول قول من ينفيه

(فصـــل)

وان اختلفا فى التعدى فى العين المستأجرة فالقول قول المستأجر ، لأنه مؤتمن عليها فأشبه المودع ، ولأن الأصل عدم العدوان والبراءة من الضمان ، وان ادعى أن العبد أبق من يده ، وأن الدابة شردت أو نفقت وأنـكر المؤجر فعن أحمد روايتان :

احداهما أن القول قول المستأجر لما ذكرنا ، ولا أجر عليه اذا حلف أنه ما انتفع بها لان الاصل عدم الانتفاع

والثانية القول قول المؤجر ، لأن الاصل السلامة ، فأما ان ادعى أن العبـد

مرض فى يده نظرنا فإن جاء به صحيحا فالقول قول المالك ، سواء وافقه العبد أو خالفه ، نص عليه احمد ، وان جاء به مريضافالقول قول المستأجر ، وهذا قول أبي حنيفة ، لانه اذا جاء به صحيحا فقد ادعى ما يخالف الاصل وليس معه دليل عليه ، وان جاء به مريضا فقد وجد ما يخالف الاصل يقينا فكان القول قوله فى مدة المرض لأنه أعلم بذلك لكونه فى يده ، وكذلك ان ادعى اباقه فى حال اباقه أو جاء به غير آبق

ونقل اسحاق بن منصور عن أحمد . انه يقبل قوله فى اباق العبد دون مرضه وبه قال الثورى واسحاق . قال أبو بكر : وبالاول أقول لانهما سواء فى تفويت منفعته فكانا سواء فى دعوى ذلك . وان هلكت العين فاختلفا فى وقت هلاكها أو أبق العبد أو مرض فاختلفا فى وقت ذلك فالقول قول المستأجر ، لان الاصل عدم العمل ، ولان ذلك حصل فى يده وهو أعلم به

(فصـــل)

اذا دفع ثوبه الى خياط أو قصار ليخيطه أو يقصره من غير عقد ولا شرط ولا تعريض بأجر مثل أن يقول : خذ هذا فاعمله وأنا أعلم أنك انما تعمل بأجر وكان الخياط والقصار منتصبين لذلك ففعلا ذلك فلهما الاجر

وقال أصحاب الشافعى : لا أجر لهما لانهما فعلا ذلك من غير عوض جعل لهما فأشبه ما لو تبرعا بعمله

ولنا أن العرف الجارى بذلك يقوم مقام القول فصار كنقد البلد ، وكما لو دخل حماما أو جلس فى سفينة مع ملاح ، ولان شاهد الحال يقتضيه فصار كالتعريض ، فأما ان لم يكونا منتصبين لذلك لم يستحقا أجراً الا بعقد أو شرط العوض أو تعريض به ، لانه لم يجر عرف يقوم مقام العقد ، فصار كما لو تبرع به أو عمله بغير اذن مالكه ، ولو دفع ثوباً الى رجل ليبيعه فالحكم فيه كالحكم فى القصار والخياط ان كان منتصباً يبيع للناس بأجرفله أجر مثله ، نص عليه أحمد ، وان لم يكن كذلك فلا شيء له لما تقدم ، ومتى دفع ثوبه الى أحد هؤلاء ولم يقاطعه على أجر فله أجر المثل لان الثياب تختلف أجرتها ، ولم يعين شيئا لجرى مجرى الاجارة الفاسدة فإن تلف الثوب من حرزه أو بغير فعله فلا ضمان عليه لان مالا يضمن فى العقد

الصحيح لا يضمن فى فاسده وإن تلف من فعله بتخريقه أو دقة ضمنه . لأنه إذا ضمنه بذلك فى العقد الصحيح فنى الفاسد أولى ، وقال أحمد فيمن دفع ثوبا إلى قصار ليقصره ولم يقطع له أجراً بل قال : أنا أعطيك كما تعطى وهلك الثوب فإن كان بخرق أو نحوه مما لا يجنيه يده فلا ضمان عليه، بين الكراء أو لم يبين والعلة فى ذلك ما ذكرناه

(فصل) إذا استأجر رجلا ليحمل له كتابا إلى مكة أو غيرها إلى صاحب له لحمله فوجد صاحبه غائباً فرده استحق الأجر بحمله فى الذهاب والرد لأنه حمله فى الذهاب بإذن صاحبه صريحاً وفى الرد تضمينا ، لأن تقدير كلامه وإن لم تجد صاحبه فرده ، إذ ليس سوى رده إلا تضييعه ، فقد علم أنه لا يرضى تضييعه فتعين رده والله أعلم .

كتاب احياء الموات

الموات هو الأرض الخراب الدارسة ، تسمى ميتة ومواتا وموتانا ، بفتح الميم والواو ، والموتان بضم الميم وسكون الواو الموت الذريع ، ورجل موتان القلب بفتح الميم وسكون الواو ، يعنى أعمى القلب لا يفهم

والأصل فى إحياء الأرض ما روى جابر رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أحيا أرض ميتة فهى له » قال الترمذى هذا حديث حسن صحيح . وروى سعيد بن زيد أن النبى (ص) قال « من أحيا أرضا ميتة فهى له ، وليس لعرق ظالم حق » قال الترمذى هذا حديث حسن . وروى مالك فى موطئه وأبو داود فى سننه عن عائشة مثله . قال ابن عبد البر . وهو مسند صحيح متلقى بالقبول عند فقهاء المدينة وغيرهم

وروى أبو عبيد فى الأموال عن عائشة قالت : قال رسول الله (ص) « من أحيا أرضا ليست لأحد فهو أحق بها » قال عروة : قضى بذلك عمر بن الخطاب رضى الله عنه فى خلافته ، وعامة فقهاء الأمصار على أن الموات يملك بالإحياء وإن اختلفوا فى شروطه

« مسألة » قال أبو القاسم ﴿ ومن أحيا أرضا لم تملك فهي له ﴾

وجملته أن الموات قسمان : أحدهما : ما لم يجر عليه ملك لأحد ولم يوجد فيه أثر عمارة ، فهذا يملك بالاحياء بغير خلاف بين القائلين بالاحياء ، والأخبار التي رويناها متناولة له

القسم الثاني : ما جرى عليه ملك مالك ، وهو ثلاثة أنواع

أحدها : ماله مالك معين وهو ضربان : أحدهما ما ملك بشراء أو عطية فهذا لا يملك بالاحياء بغير خلاف ، وقال ابن عبد البر : أجمع العلماء على أن ما عرف بملك مالك غير منقطع أنه لا يجوز إحياؤه لأحد غير أربابه ، الثاني ما ملك بالاحياء ثم ترك حتى دثر وعاد مواتا فهو كالذي قبله سواء . وقال مالك : يملك هذا لعموم قوله « من أحيا أرضا ميتة فهي له » ولأن أصل هذه الأرض مباح فاذا تركت حتى تصير مواتا عادت الى الاباحة كمن أخذ ماء من نهر ثم رده فيه .

ولنا أن هذه أرض يعرف مالكها فلم تملك بالاحياء ، كالتي ملكت بشراء أو عطية ، والخبر مقيد بغير المملوك بقوله في الرواية الأخرى « من أحيا أرضا ميتة ليست لأحد » وقوله « في غير حق مسلم » وهذا يوجب تقييد مطلق حديثه ، وقال هشام بن عروة في تفسير قوله عليه السلام « وليس لعرق ظالم حق » الظالم أن يأتي الرجل الارض الميتة لغيره فيغرس فيها ، ذكره سعيد بن منصور في سننه ثم الحديث مخصوص بماملك بشراء أو عطية فنقيس عليه محل النزاع ، ولأن سائر الاموال لا يزول الملك عنها بالترك بدليل سائر الاملاك اذا تركت حتى تشعثت وما ذكروه يبطل بالموات اذا أحياه انسان ثم باعه فتركه المشتري حتى عاد مواتا وباللقطة اذا ملكها ثم ضاعت منه ، ويخالف ماء النهر فإنه استهلك

النوع الثاني : ما يوجد فيه آثار ملك قديم جاهلي ، كآثار الروم ومساكن ثمود ونحوهم ، فهذا يملك بالاحياء ، لان ذلك الملك لا حرمة له ، وقد روى عن طاوس عن النبي (ص) أنه قال « عادي الارض لله ولرسوله ثم هو بعد لكم » رواه سعيد بن منصور في سننه وأبو عبيد في الاموال وقال : عادي الارض كان بها ساكن في آباد الدهر ، فانقرضوا فلم يبق منهم أنيس ، وانما نسبها

الى عاد لأنهم كانوا مع تقدمهم ذوى قوة وبطش وآثار كثيرة ، فنسب كل أثر قديم اليهم ، ويحتمل ان كل مافيه أثر الملك ولم يعلم زواله قبل الاسلام أنه لا يملك لأنه يحتمل أن المسلمين أخذوه عامرا فاستحقوه فصار موقوفا بوقف عمر له فلم يملك ،كما لو علم مالكه

النوع الثالث : ما جرى عليه الملك فى الاسلام لمسلم أو ذمى غير معين فظاهر كلام الخرقى أنها لاتملك بالاحياء وهو أحد الروايتين عن أحمد نقلها عنه أبو داود وأبو الحارث ويوسف بن موسى لما روى كثير بن عبد الله بن عوف عن أبيه عن جده قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « من أحيا أرضا مواتا فى غير حق مسلم فهى له » فقيده بكونه فى غير حق مسلم ولان هذه الارض لها مالك فلم يجز احياؤها كما لو كان معينا فإن مالكها ان كان له ورثة فهى لهم وان لم يكن له ورثة ورثها المسلمون .

والرواية الثانية : أنها تملك بالاحياء ، نقلها صالح وغيره وهو مذهب أبى حنيفة ومالك لعموم الاخبار ولانها أرض موات لا حق فيها لقوم بأعيانهم أشبهت ما لم يجر عليه ملك مالك ، ولانها ان كانت فى دار الاسلام فهى كلقطة دار الاسلام وان كانت فى دار الكفر فهى كالركاز .

(فصل)

ولا فرق فيما ذكرنا بين دار الحرب ودار الاسلام ، لعموم الاخبار ولان عامر دار الحرب انما يملك بالقهر والغلبة كسائر أموالهم ، فأما ماعرف أنه كان مملوكا ولم يعلم له مالك معين فهو على الروايتين . فإن قيل فهذا ملك كافر غير محترم فأشبه ديار عاد وقد دل عليه قوله عليه السلام « عادى الارض لله ولرسوله » ولان الركاز من أموالهم ويملكه واجده فهذا أولى

قلنا : قوله « عادى الارض » يعنى ما قدم ملكه ومضت عليه الازمان وما كان كذلك فلا حكم لمالكه . فأما ما قرب ملكه فيحتمل أن له مالكا باقيا . وان لم يتعين فلهذا قلنا : لا يملك على احدى الروايتين وأما الركاز فإنه ينقل ويحول وهذا بخلاف الارض بدليل أن لقطة دار الاسلام تملك بعد التعريف بخلاف الارض

(فصل) ولا فرق بين المسلم والذمى فى الاحياء نص عليه أحمد وبه قال مالك وأبو حنيفة ، وقال مالك لا يملك الذمى بالاحياء فى دار الاسلام قال القاضى وهو مذهب جماعة من أصحابنا لقول النبي صلى الله عليه وسلم « موتان الأرض لله ولرسوله ثم هى لكم منى » فجمع الموتان وجعله للمسلمين ولأن موتان الدار من حقوقها والدار للمسلمين فكان مواتها لهم كمرافق المملوك .

ولنا عموم قول النبي صلى الله عليه وسلم « من أحيا أرضا ميتة فهى له » ولأن هذه جهة من جهات التمليك فاشترك فيها المسلم والذمى كسائر جهاته وحديثهم لا نعرفه إنما نعرف قوله « عادى الارض لله ولرسوله ثم هو لكم بعد ومن أحيا مواتا من الأرض فله رقبتها » هكذا رواه سعيد بن منصور وهو مرسل رواه طاوس عن النبي صلى الله عليه وسلم ثم لا يمتنع أن يريد بقوله « هى لكم» أى لأهل دار الإسلام والذمى من أهل الدار تجرى عليه أحكامها، وقولهم إنها من حقوق الإسلام ، قلنا وهو من أهل الدار فيتملكها كما يملكها بالشراء ، ويملك مباحاتها من الحشيش والحطب والصيود والركاز والمعدن واللقطة وهى من مرافق دار الاسلام .

فصل

وما قرب من العامر وتعلق بمصالحه من طرقه ومسيل مائه ومطرح قمامته وملقى ترابه وآلاته فلا يجوز إحياؤه بغير خلاف فى المذهب ، وكذلك ما تعلق بمصالح القرية كفنائها ومرعى ماشيتها ومحتطبها وطرقها ومسيل مائها لا يملك بالاحياء ولا نعلم فيه أيضا خلافا بين أهل العلم : وكذلك حريم البئر والنهر والعين وكل مملوك لا يجوز إحياء ما تعلق بمصالحه لقوله عليه السلام « من أحيا أرضا ميتة فى غير حق مسلم فهى له » مفهومه أن ما تعلق به حق مسلم لا يملك بالاحياء ولانه تابع للمملوك ، ولو جوزنا إحياءه لبطل الملك فى العامر على أهله ، وذكر القاضى أن هذه المرافق لا يملكها المحيي بالاحياء لكن هو أحق بها من غيره لان الاحياء الذى هو سبب الملك لم يوجد فيها .

وقال الشافعى : يملك بذلك وهو ظاهر قول الخرقى فى حريم البئر لانه مكان استحقه بالاحياء فملكه كالمحيي ، ولان معنى الملك موجود فيه لانه يدخل مع الدار

فى البيع ويختص به صاحبها : فأما ماقرب من العامر ولم يتعلق بمصالحه ففيه روايتان إحداهما : يجوز إحياؤه ، قال أحمد فى رواية أبى الصقر فى رجلين أحييا قطعتين من موات وبقيت بينهما رقعة فجاء رجل ليحييها فليس لهما منعه ، وقال فى جبانة بين قريتين : من أحياها فهى له ، وهذا مذهب الشافعى لعموم قوله عليه السلام « من أحيا أرضا ميتة فهى له » ولأن النبى صلى الله عليه وسلم أقطع بلال بن الحارث المزنى العتيق وهو يعلم أنه بين عمارة المدينة ، ولأنه موات لم يتعلق به مصلحة العامر فجاز احياؤه كالبعيد .

(والرواية الثانية) لا يجوز احياؤه ، وبه قال أبو حنيفة والليث لانه فى مظنة تعلق المصلحة به فإنه يحتمل أن يحتاج الى فتح باب فى حائطه الى فنائه ويجعله طريقا أو يخرب حائطه فيضع آلات البناء فى فنائه وغير ذلك ولم يجز تفويت ذلك عليه بخلاف البعيد .

اذا ثبت هذا : فإنه لا حد يفصل بين القريب والبعيد سوى العرف ، وقال الليث : حده غلوة وهى خمس خمس الفرسخ ، وقال أبو حنيفة : حد البعيد هو الذى اذا وقف الرجل فى أدناه فصاح بأعلى صوته لم يسمع أدنى أهل المصر اليه .

ولنا أن التحديد لايعرف الا بالتوقيف ولا يعرف بالرأى والتحكم ، ولم يرد من الشرع لذلك تحديد فوجب أن يرجع فى ذلك الى العرف كالقبض والاحراز ، وقول من حدد هذا تحكم بغير دليل وليس ذلك أولى من تحديده بشىء آخر كميل ونصف ميل ونحو ذلك ، وهذا التحديد الذى ذكراه — والله أعلم — مختص بما قرب من المصر أو القرية ولا يجوز أن يكون حداً لكل ما قرب من عامر لأنه يفضى الى أن من أحيا أرضا فى موات حرم احياء شىء من ذلك الموات على غيره مالم يخرج عن ذلك الحد .

(فصل) وجميع البلاد فيما ذكرناه سواء المفتوح عنوة كأرض الشام والعراق وما أسلم أهله عليه كالمدينة وما صولح أهله على أن الارض للمسلمين كأرض خيبر الا الذى صولح أهله على أن الأرض لهم ولنا الخراج عنها فإن أصحابنا قالوا لو دخل فيها مسلم فأحيا فيها مواتا لم يملكه لأنهم صولحوا فى بلادهم فلا يجوز التعرض لشىء منها عامراً كان أو مواتا لأن الموات تابع للبلد فإذا لم يملك عليهم

البلد لم يملك مواته ، ويفارق دار الحرب حيث يملك مواتها لأن دار الحرب على أصل الإباحة وهذه صالحناهم على تركها لهم لحرمت علينا . ويحتمل أن يملكها من أحياها لعموم الخبر ، ولأنها من مباحات دارهم لجاز أن يملكها من وجد منه سبب تملكها كالحشيش والحطب . وقد روى عن أحمد أنه ليس فى السواد موات . يعنى سواد العراق

قال القاضى : هذا محمول على العامر ، ويحتمل أن أحمد قال ذلك لكون السواد كان معموراً كله فى زمن عمر بن الخطاب وحين أخذه المسلمون من الكفار حتى بلغنا أن رجلا منهم سأل أن يعطى خربة فلم يجدوا له خربة فقال إنما أردت أن أعلمكم كيف أخذتموها منا ، وإذا لم يكن فيها موات حين ملكها المسلمون لم يصر فيها موات بعده لأن ما دثر من أملاك المسلمين لم يصر مواتا على إحدى الروايتين .

(فصـــل) وان تحجر مواتا وهو أن يشرع فى إحيائه مثل إن أدار حول الأرض ترابا أو أحجاراً أو حاطها بحائط صغير لم يملكها بذلك لأن الملك بالاحياء وليس هذا إحياء لكن يصير أحق الناس به لأنه روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « من سبق إلى مالم يسبق اليه مسلم فهو أحق به » رواه أبو داود ، فان نقله إلى غيره صار الثانى بمنزلته لأن صاحبه أقامه مقامه ، وان مات فوارثه أحق به لقول النبى صلى الله عليه وســـلم « من ترك حقا أو مالا فهو لورثته » فإن باعه لم يصح بيعه لأنه لم يملكه فلم يملك بيعه كحق الشفعة قبل الأخذ به وكمن سبق إلى معدن أو مباح قبل أخذه ، قال أبو الخطاب : ويحتمل جواز بيعه لأنه له فإن سبق غيره فأحياه ففيه وجهان .

أحدهما : أنه يملكه لأن الإحياء يملك به والحجر لا يملك به فثبت الملك بما يملك به دون مالم يملك به كمن سبق إلى معدن أو مشرعة ماء لجاء غيره فأزاله وأخذه ، والثانى : لا يملكه ، لأن مفهوم قوله عليه السلام « من أحيا أرضا ميتة ليست لأحد » وقوله — فى حق غير مسلم فهى له » إنها لا تكون له إذا كان لمسلم فيها حق ، وكذلك قوله « من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو أحق به »

وروى سعيد فى سننه أن عمر رضى الله عنه قال : من كانت له أرض يعنى من تحجر أرضاً فعطلها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها .

وهذا يدل على أن من عمرها قبل ثلاث سنين لا يملكها ولأن الثانى أحيا فى حق غيره فلم يملكه كما لو أحيا ما يتعلق به مصالح ملك غيره ولأن حق المتحجر أسبق فكان أولى كحق الشفيع يقدم على شراء المشترى ، فإن طالت المدة عليه فينبغى أن يقول له السلطان إما أن تحييه أو تتركه ليحييه غيرك لأنه ضيق على الناس فى حق مشترك بينهم فلم يمكن من ذلك كما لو وقف فى طريق ضيق أو مشرعة ماء أو معدن لا ينتفع ولا يدع غيره ينتفع ، فإن سأل الامهال لعذر له أمهل الشهر والشهرين ونحو ذلك ، فإن أحياه غيره فى مدة المهلة ففيه الوجهان اللذان ذكرناهما وان انقضت المدة ولم يعمر فلغيره أن يعمره ويملكه لأن المدة ضربت له لينقطع حقه بمضيها وسواء أذن له السلطان فى عمارتها أو لم يأذن له ، وان لم يكن للمتحجر عذر فى ترك العمارة قيل له إما أن تعمر وإما أن ترفع يدك ، فإن لم يعمرها كان لغيره عمارتها فإن لم يقل له شىء واستمر تعطيلها فقد ذكرنا عن عمر (رض) أن من تحجر أرضا فعطلها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها ، ومذهب الشافعى فى هذا كله نحو ما ذكرنا .

(فصـــل)

وللإمام إقطاع الموات لمن يحييه فيكون بمنزلة المتحجر الشارع فى الإحياء لما روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم أقطع بلال بن الحرث العقيق أجمع فلما كان عمر قال لبلال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقطعك لتحيزه عن الناس إنما أقطعك لتعمر فخذ منها ما قدرت على عمارته ورد الباقى » رواه أبو عبيد فى الأموال وذكر سعيد فى سننه حدثنا عبد العزيز بن محمد عن ربيعة قال سمعت الحرث بن بلال بن الحرث يقول إن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطع بلال ابن الحرث العقيق ، فلما ولى عمر بن الخطاب قال ماأقطعك لتحتجنه فاقطعه الناس وروى علقمة بن وائل عن أبيه أن النبى صلى الله عليه وسلم أقطعه أرضا بحضرموت قال الترمذى هذا حديث حسن صحيح .

وقال سعيد حدثنا سفيان عن ابن أبي نجيح عن عمرو بن شعيب « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطع ناساً من جهينة أو مزينة أرضا فعطلوها فجاء قوم فأحيوها فخاصمهم الذين أقطعهم رسول الله (ص) إلى عمر بن الخطاب فقال عمر : لو كانت قطيعة مني أو من أبي بكر لم أردها ولكنها قطيعة من رسول الله (ص) فأنا أردها ثم قال عمر رضي الله عنه . من كانت له أرض يعني من تحجر أرضا فعطلها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها » .

« مسألة » قال (إلا أن تكون أرض ملح او ماء للمسلمين فيه المنفعة فلا يجوز ان ينفرد بها الانسان)

وجملة ذلك ان المعادن الظاهرة وهي التي يوصل ما فيها من غير مؤنة ينتابها الناس وينتفعون بها كالملح والماء والكبريت والقير والموميا والنفط والكحل والبرام والياقوت ومقاطع الطين واشباه ذلك لا تملك بالإحياء ولا يجوز اقطاعها لأحد من الناس ولا احتجازها دون المسلمين لأن فيه ضرراً بالمسلمين وتضييقا عليهم ولأن النبي صلى الله عليه وسلم اقطع ابيض بن حمال معدن الملح فلما قيل له انه بمنزلة الماء العد رده ، كذا قال احمد .

وروى ابو عبيد وابو داود والترمذي بإسنادهم عن ابيض بن حمال انه استقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم الملح بمأرب فلما ولى قيل يا رسول الله اتدرى ما أقطعت له ؟ انما أقطعت له الماء العد فرجعه منه ، قال قلت يارسول الله مايحمى من الاراك ؟ قال « مالم تنله أخفاف الابل » وهو حديث غريب ، وروى في لفظ عنه أنه قال « لا حمى في الاراك » ورواه سعيد فقال حدثني إسماعيل بن عياش عن عمرو بن قيس المأربي عن أبيه عن أبيض بن حمال المأربي قال استقطعت رسول الله صلى الله عليه وسلم معدن الملح بمأرب فأقطعنيه ، فقيل يا رسول الله انه بمنزلة الماء العد يعني أنه لا ينقطع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « فلا اذن » ولأن هذا تتعلق به مصالح المسلمين العامة فلم يجز احياؤه ولا اقطاعه كشارع الماء وطرقات المسلمين .

وقال ابن عقيل : هذا من مواد الله الكريم وفيض جوده الذي لا غناء عنه

فلو ملكه أحد بالاحتجاز ملك منعه فضاق على الناس فإن أخذ العوض عنه أغلاه فخرج عن الموضع الذى وضعه الله من تعميم ذوى الحوائج من غير كلفة وهذا مذهب الشافعي ، ولا أعلم فيه مخالفا .

(فصل) فأما المعادن الباطنة وهى التى لا يوصل إليها إلا بالعمل والمؤنة كمعادن الذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص والبللور والفيروزج فإذا كانت ظاهرة لم تملك أيضا بالإحياء لما ذكرنا فى التى قبلها ، وان لم تكن ظاهرة فحفرها انسان وأظهرها لم تملك بذلك فى ظاهر المذهب وظاهر مذهب الشافعي ، ويحتمل أن يملكها بذلك وهو قول للشافعي لأنه موات لا ينتفع به الا بالعمل والمؤنة فملك بالاحياء كالارض . ولأنه باظهاره تهيأ للانتفاع به من غير حاجة الى تكرار ذلك العمل فأشبه الأرض اذا جاءها بماء أو حاطها .

ووجه الأول أن الاحياء الذى يملك به هو العمارة التى تهيأ بها المحيي للانتفاع من غير تكرار عمل وهذا حفر وتخريب يحتاج الى تكرار عند كل انتفاع - فإن قيل فلو احتفر بئراً ملكها وملك حريمها ، قلنا : البئر تهيأت للانتفاع بها من غير تجديد حفر ولا عمارة وهذه المعادن تحتاج عند كل انتفاع الى عمل وعمارة فافترقا ، قال أصحابنا : وليس للإمام اقطاعها لأنها لا تملك بالاحياء والصحيح جواز ذلك ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع لبلال بن الحارث معادن القبلية جلسيها وغوريها ، رواه أبو داود وغيره .

(فصـــل)

ومن أحيا أرضا فملكها بذلك فظهر فيها معدن ملكه ظاهراً كان أو باطنا اذا كان من المعادن الجامدة لأنه ملك الأرض بجميع أجزائها وطبقاتها وهذا منها ويفارق الكنز فانه مودع فيها وليس من أجزائها ويفارق ما اذا كان ظاهراً قبل احيائها لانه قطع عن المسلمين نفعاً كان واصلا اليهم ومنعهم انتفاعا كان لهم وههنا لم يقطع عنهم شيئا لانه انما ظهر باظهاره له ولو تحجر الارض أو أقطعها فظهر فيها المعدن قبل احيائها لكان له احياؤها ويملكها بما فيها لانه صار أحق به بتحجره واقطاعه فلم يمنع من اتمام حقه .

وأما المعادن الجارية كالقار والنفط والماء فهل يملكها من ظهرت فى ملكه ؟

فيه روايتان ، أظهرهما : لا يملكها لقول النبي صلى الله عليه وسلم « الناس شركاء في ثلاث : في الماء والكلأ والنار » رواه الخلال ، ولانها ليست من أجزاء الارض فلم يملكها بملك الارض كالكنز . والثانية : يملكها لانها خارجة من أرضه المملوكة له فأشبهت الزرع والمعادن الجامدة .

(فصل) ولو شرع انسان في حفر معدن ولم يصل الى النيل صار أحق به كالمتحجر الشارع في الاحياء فاذا وصل الى النيل صار أحق بالاخذ منه مادام مقيما على الاخذ منه وهل يملكه بذلك ؟ فيه ما قد ذكرنا من قبل ، وان حفر آخر من ناحية أخرى لم يكن له منعه . واذا وصل الى ذلك العرق لم يكن له منعه ، سواء قلنا ان المعدن يملك بحفره أو لم نقل لانه ان ملكه فانما يملك المكان الذي حفره وأما العرق الذي في الارض فلا يملكه بذلك . ومن وصل اليه من جهة أخرى فله أخذه ولو ظهر في ملكه معدن بحيث يخرج النيل عن أرضه فحفر انسان من خارج أرضه كان له أن يأخذ ما خرج عن أرضه منه لانه لم يملكه انما ملك ما هو من أجزاء أرضه وليس لأحد أن يأخذ ما كان داخلا في أرضه من أجزاء الارض الباطنة كما لا يملك أخذ أجزائها الظاهرة ، ولو حفر كافر في دار الحرب معدنا فوصل الى النيل ثم فتحها المسلمون عنوة لم تصر غنيمة وكان وجود عمله وعدمه واحداً لان عامره لم يملكه بذلك ولو ملكه فان الارض كلها تصير وقفا للسلمين وهذا ينصرف الى مصلحة من مصالحهم فتعين لها كما لو ظهر بفعل الله تعالى .

(فصل) ولو كان في الموات موضع يمكن أن يحدث فيه معدنا ظاهراً كموضع على شاطىء البحر اذا صار فيه ماء البحر صار ملحا ملك بالاحياء وجاز للإمام اقطاعه لانه لا يضيق على المسلمين باحداثه بل يحدث نفعه بفعله فلم يمنع منه كبقية الموات واحياء هذا بتهيئته لما يصلح له من حفر ترابه وتمهيده وفتح قناة اليه تصب الماء فيه لانه يتهيأ بهذا الانتفاع به .

(فصل) ومن ملك معدنا فعمل فيه غيره بغير اذنه فما حصل منه فهو لمالكه ولا أجر للغاصب على عمله لانه عمل في ملك غيره بغير اذنه أشبه ما لو حصد

زرع غيره ، وإن قال مالكه : اعمل فيه ولك ما يخرج منه فله ذلك ولا شيء لصاحب المعدن فيه لأنه إباحة من مالكه فلك ما أخذه كما لو أباحه الأخذ من داره أو بستانه وان قال : اعمل فيه على أن ما رزق الله من نيل كان بيننا نصفين فعمل . فيه وجهان

أحدهما : يجوز وما يأخذه يكون بينهما كما لو قال له احصد هذا الزرع بنصفه أو ثلثه ، ولانها عين تنمى بالعمل عليها فصح العمل فيها ببعضه كالمضاربة فى الأثمان .

والثانى . لا يصح ، لان ما يحصل منه مجهول ، ولانه لا يصح أن يكون اجارة لان العوض مجهول والعمل مجهول ولا جعالة لان العوض مجهول ولا مضاربة لان المضاربة انما تصح بالأثمان على أن يرد رأس المال وتكون له حصة من الربح وليس ذلك ههنا وفارق حصاد الزرع بنصفه أو جزء منه لان الزرع معلوم بالمشاهدة وما علم جميعه علم جزؤه بخلاف هذا ، وان قال اعمل فيه كذا ولك ما يحصل منه بشرط أن تعطينى ألفا أو شيئا معلوما لم يصح لانه بيع لمجهول ولا يصح أن يكون معاملة كالمضاربة لما ذكرنا ، ولان المضاربة تكون بجزء من النماء لا دراهم معلومة ، قال أحمد : اذا أخذ معدنا من قوم على أن يعمره ويعمل فيه ويعطيهم ألفى منا وألف منا صفراً فلذلك مكروه ولم يرخص فيه والله الموفق .

فصل

اذا استأجر رجلا ليحفر له عشرة أذرع فى دور كذا بدينار صح لانها اجارة معلومة وان ظهر عرق ذهب فقال استأجرتك لتخرجه بدينار لم يصح لان العمل مجهول ، وان قال : ان استخرجته فلك دينار صح ويكون جعالة لان الجعالة تصح على عمل مجهول اذا كان العوض معلوما .

(فصل) ومن سبق فى الموات الى معدن ظاهر أو باطن فهو أحق بما ينال منه لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو له » فإن أخذ قدر حاجته وأراد الاقامة فيه بحيث يمنع غيره منع منه لانه يضيق على الناس ما لا نفع فيه فأشبه ما لو وقف فى مشرعة الماء لغير حاجة : وان أطال المقام والاخذ احتمل أن يمنع لانه يصير كالمتملك له واحتمل أن لا يمنع لاطلاق الحديث ، وإن استبق اليه اثنان وضاق المكان عنهما أقرع بينهما لانه لا مزية لاحدهما على صاحبه

ويحتمل أن يقسم بينهما لانه يمكن قسمته وقد تساويا فيه فيقسم بينهما كما لو تداعيا عينا فى أيديهما ولا بينة لأحدهما بها ويحتمل أن يقدم الامام من يرى منهما لان له نظراً ، وذكر القاضى وجها رابعا وهو أن الامام ينصب من يأخذ لهما ويقسم بينهما وهذا التفصيل مذهب الشافعى .

(فصل) وما نضب عنه الماء من الجزائر لم يملك بالاحياء : قال أحمد فى رواية العباس بن موسى اذا نضب الماء عن جزيرة الى فناء رجل لم يبن فيها لان فيه ضرراً وهو أن الماء يرجع يعنى أنه الى ذلك المكان فإذا وجده مبنيا رجع الى الجانب الآخر فأضر بأهله ولان الجزائر منبت الكلأ والحطب فجرت مجرى المعادن الظاهرة ، وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم « لا حمى فى الاراك » وقال أحمد فى رواية حرب يروى عن عمر أنه أباح الجزائر يعنى أباح ما ينبت فى الجزائر من النبات وقال اذا نضب الفرات عن شىء ثم نبت فيه نبات فجاء رجل يمنع الناس منه فليس له ذلك فأما ان غلب الماء على ملك انسان ثم عاد فنضب عنه فله أخذه فلا يزول ملكه بغلبة الماء عليه ، وان كان ما نضب عنه الماء لا ينتفع به أحد فعمره رجل عمارة لا ترد الماء مثل أن يجعله مزرعة فهو أحق به من غيره لانه متحجر لما ليس لمسلم فيه حق فأشبه التحجر فى الموات .

(فصل) وما كان من الشوارع والطرقات والرحاب بين العمران فليس لأحد احياؤه سواء كان واسعا أو ضيقا وسواء ضيق على الناس أو لم يضيق لان ذلك يشترك فيه المسلمون وتتعلق به مصلحتهم فأشبه مساجدهم ، ويجوز الارتفاق بالقعود فى الواسع من ذلك للبيع والشراء على وجه لا يضيق على أحد ولا يضر بالمارة لاتفاق أهل الامصار فى جميع الاعصار على اقرار الناس على ذلك من غير انكار . ولانه ارتفاق مباح من غير اضرار فلم يمنع منه كالاجتياز .

قال أحمد فى السابق الى دكاكين السوق غدوة فهو له الى الليل وكان هذا فى سوق المدينة فيما مضى ، وقد قال النبى (ص) « منى مناخ من سبق » وله أن يظلل على نفسه بما لا ضرر فيه من بارية وتابوت وكساء ونحوه ، لان الحاجة تدعو اليه من غير مضرة فيه وليس له البناء لادكة ولا غيرها لانه يضيق على الناس ويعثر به المارة بالليل والضرير فى الليل والنهار ، ويبقى على الدوام فربما ادعى ملكه بسبب

ذلك والسابق أحق به مادام فيه فان قام وترك متاعه فيه لم يجز لغيره ازالته لان يد الاول عليه . وان نقل متاعه كان لغيره أن يقعد فيه لان يده قد زالت ، وان قعد وأطال منع من ذلك لانه يصير كالمتملك ويختص بنفع يساويه غيره فى استحقاقه ، ويحتمل أن لا يزال لانه سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم ، وان استبق اثنان اليه احتمل أن يقرع بينهما واحتمل أن يقدم الامام من يرى منهما ، وان كان الجالس يضيق على المارة لم يحل له الجلوس فيه ولا يحل للإمام تمكينه بعوض ولا غيره ، قال أحمد : ما كان ينبغى لنا أن نشترى من هؤلاء الذين يبيعون على الطريق ، قال القاضى : هذا محمول على أن الطريق ضيق أو يكون يؤذى المارة لما تقدم ذكرنا له وقال لا يعجبنى الطحن فى العروب اذا كانت فى طريق الناس وهى السفن التى يطحن فيها فى الماء الجارى انما كره ذلك لتضييقها طريق السفن المارة فى الماء ، قال أحمد ربما غرقت السفن فأرى للرجل أن يتوقى الشراء مما يطحن بها .

(فصل فى القطائع) وهى ضربان ، أحدهما : اقطاع ارفاق وذلك اقطاع مقاعد السوق والطرق الواسعة ورحاب المساجد التى ذكرنا أن للسابق اليها الجلوس فللإمام اقطاعها لمن يجلس فيها لان له فى ذلك اجتهاداً من حيث انه لا يجوز الجلوس الا فيما لا يضر بالمارة فكان للإمام أن يجلس فيها من لا يرى أنه يتضرر بجلوسه ، ولا يملكها المقطع بذلك بل يكون أحق بالجلوس فيها من غيره بمنزلة السابق اليها من غير اقطاع سواء الا فى شىء واحد وهو أن السابق اذا نقل متاعه عنها فلغيره الجلوس فيها لان استحقاقه لها بسبقه اليها ومقامه فيها فإذا انتقل عنها زال استحقاقه لزوال المعنى الذى استحق به وهذا استحق باقطاع الامام فلا يزول حقه بنقل متاعه ولا يضره الجلوس فيه ، وحكمه فى التظليل على نفسه بما ليس بناء ومنعه من البناء ومنعه اذا طال مقامه حكم السابق على ما أسلفناه .

الثانى . اقطاع موات من الارض لمن يحييها فيجوز ذلك لما روى وائل بن حجر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطعه أرضا فأرسل معاوية أن أعطه اياه أو أعلمه اياه » حديث صحيح ، وأقطع بلال بن الحارث المزنى وأبيض بن حمال المأربى ، وأقطع الزبير حضر فرسه فأجرى فرسه حتى قام ورمى بسوطه فقال « اعطوه من حيث وقع السوط » رواه سعيد وأبو داود .

وذكر البخارى عن أنس قال : دعا رسول الله (ص) الانصار ليقطع لهم بالبحرين ، فقالوا يا رسول الله إن فعلت فاكتب لإخواننا من قريش بمثلها . وروى أن أبا بكر أقطع طلحة بن عبيد الله أرضا ، وأن عثمان أقطع خمسة من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم : الزبير وسعداً وابن مسعود وأسامة بن زيد وخباب بن الأرت .

ويروى عن نافع أبي عبد الله أنه قال لعمر : إن قبلنا أرضاً بالبصرة ليست من أرض الخراج ولا تضر بأحد من المسلمين ، فإن رأيت أن تقطعنيها اتخذ فيها قصيلا لخيلي فافعل . قال فكتب عمر الى ابي موسى : ان كانت كما يقول فاقطعها إياه ، روى هذه الآثار كلها أبو عبيد فى الاموال

وروى سعيد عن سفيان عن أبي نجيح عن عمرو بن شعيب أن النبي (ص) أقطع ناساً من جهينة أو مزينة أرضا

إذا ثبت هذا : فإن من أقطعه الامام شيئا من الموات لم يملكه بذلك، لكن يصير أحق به كالمتحجر للشارع فى الاحياء بدليل ما ذكرنا من حديث بلال بن الحارث حيث استرجع عمر منه ما عجز عن إحيائه من العقيق الذى أقطعه إياه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو ملكه لم يجز استرجاعه ، ورد عمر أيضا قطيعة أبي بكر لعيينة بن حصن فسأل عيينة أبا بكر أن يجدد له كتابا فقال والله لا أجدد شيئا رده عمر رواه أبو عبيد ، لكن المقطع يصير أحق به من سائر الناس وأولى بإحيائه ، فإن أحياه والا قال له السلطان ان أحييته والا فارفع يدك عنه كما قال عمر لبلال بن الحارث المزنى أن رسول الله (ص) لم يقطعك لتحجبه دون الناس وانما أقطعك لتعمر فخذ منها ما قدرت على عمارته ورد الباقى ، وان طلب المهلة لعذر أمهل بقدر ذلك ، وان طلبها لغير عذر لم يمهل على ما ذكرنا فى المتحجر ، وان سبق غيره فأحياه قبل أن يقال له شيء ، أو فى مدة المهلة فهل يملكه ؟ على وجهين .

وقد روى عن عمرو بن شعيب أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع ناسا من جهينة أو مزينة أرضا فعطلوها فجاء قوم فأحيوها فخاصمهم الذين أقطعهم رسول الله

صلى الله عليه وسلم الى عمر رضى الله عنه ، فقال عمر : لو كانت قطيعة منى أو من أبى بكر لم أردها ، ولكنها قطيعة من رسول الله (ص) فأنا أردها ، فدل هذا على أنها اذا كانت قطيعة من غير رسول الله (ص) فهى لمن أحياها

والثانى لا يملكه لانه تعلق به حق المقطع ، ومفهوم قوله عليه السلام « من أحيا أرضا ميتة فى غير حق مسلم فهى له » انه اذا تعلق بها حق مسلم لم يجز إحياؤها وقد ذكرنا الوجهين فى المتحجر . وهذا مثله ، ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كنحو ما ذكرنا .

فصل) وليس للامام اقطاع مالا يجوز احياؤه من المعادن الظاهرة ، لان النبى (ص) لما استقطعه ابيض بن حمال الملح الذى بمأرب ، فقيل يا رسول الله انما أقطعته الماء العد فأرجعه منه ، ولان فى ذلك تضييقا على المسلمين ، وفى اقطاع المعادن الباطنة وجهان ذكرناهما فيما مضى

(فصل) ولا ينبغى أن يقطع الامام أحداً من الموات الا ما يمكنه احياؤه ، لان فى اقطاعه أكثر من ذلك تضييقا على الناس فى حق مشترك بينهم بمالا فائدة فيه فإن فعل ثم تبين عجزه عن احيائه استرجعه منه كما استرجع عمر من بلال بن الحارث ما عجز عنه من عمارته من العقيق الذى أقطعه اياه رسول الله (ص)

(فصل فى الحمى ومعناه) أن يحمى أرضا من الموات يمنع الناس رعى ما فيها من الكلأ ليختص بها دونهم . وكانت العرب فى الجاهلية تعرف ذلك ، فكان منهم من اذا انتجع بلداً أوفى بكلب على نشز ثم استعواه ووقف له من كل ناحية من يسمع صوته بالعواء ، فحيثما انتهى صوته حماه من كل ناحية لنفسه ويرعى مع العامة فيما سواه ، فنهى رسول الله (ص) عنه لما فيه من التضييق على الناس ومنعهم من الانتفاع بشىء لهم فيه حق

وروى الصعب بن جثامة قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا حمى الا لله ولرسوله » رواه ابو داود وقال « الناس شركاء فى ثلاث : فى الماء والنار والكلأ » رواه الخلال ، وليس لاحد من الناس سوى الائمة ان يحمى لما ذكرنا من الخبر والمعنى ، فأما النبى (ص) فقد كان له أن يحمى لنفسه

والمسلمين لقوله فى الخبر « لا حمى إلا لله ولرسوله » لكنه لم يحمى لنفسه شيئا وإنما حمى للمسلمين ، فقد روى ابن عمر قال « حمى النبى (ص) النقيع لخيل المسلمين » رواه أبو عبيد . والنقيع بالنون موضع يتنقع فيه الماء فيكثر فيه الخصب لمكان ما يصير فيه من الماء .

وأما سائر أئمة المسلمين فليس لهم أن يحموا لأنفسهم شيئا : ولكن لهم أن يحموا مواضع لترعى فيها خيل المجاهدين ونعم الجزية وإبل الصدقة وضوال الناس التى يقوم الامام بحفظها ، وماشية الضعيف من الناس على وجه لا يستضر به من سواه من الناس . وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعى فى صحيح قوليه . وقال فى الآخر : ليس لغير النبى صلى الله عليه وسلم أن يحمى لقوله « لا حمى الا لله ولرسوله »

ولنا أن عمر وعثمان حميا ، واشتهر ذلك فى الصحابة فلم ينكر عليهما فكان إجماعا . وروى أبو عبيد بإسناده عن عامر بن عبد الله بن الزبير ، أحسبه عن أبيه : قال أتى أعرابى عمر فقال يا أمير المؤمنين بلادنا : قاتلنا عليها فى الجاهلية ، وأسلمنا عليها فى الاسلام ؛ علام تحميها ؟ فأطرق عمر وجعل ينفخ ويفتل شاربه ـ وكان إذا كربه أمر فتل شاربه ونفخ ـ فلما رأى الأعرابى ما به جعل يردد ذلك ، فقال عمر : المال مال الله والعباد عباد الله . والله لولا ما أحمل عليه فى سبيل الله ما حميت شبراً من الارض فى شبر

وقال مالك : بلغنى أنه كان يحمل فى كل عام على أربعين ألفا من الظهر . وعن أسلم قال : سمعت عمر يقول لهنى حين استعمله على حمى الربذة : يا هنى اضمم جناحك عن الناس واتق دعوة المظلوم فإنها مجابة ، وادخل رب الصريمه والغنيمه ودعنى من نعم ابن عوف ونعم بن عفان فإنهما ان هلكت ماشيتهما رجعا إلى نخل وزرع ، وإن هذا المسكين ان هلكت ماشيته جاء يصرخ يا أمير المؤمنين ، فالكلأ أهون على أم غرم الذهب والورق ، إنها أرضهم قاتلوا عليها فى الجاهلية وأسلموا عليها فى الاسلام ؛ وانهم ليرون أنا نظلمهم ولولا النعم التى يحمل عليها فى سبيل الله ما حميت على الناس من بلادهم شيئا أبداً ، وهذا إجماع منهم ، ولأن ما كان

لمصالح المسلمين قامت الأئمة فيه مقام رسول الله صلى الله عليه وسلم. وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « ما أطعم الله لنبي طعمة الا جعلها طعمة لمن بعده» وأما الخبر فمخصوص ، وأما حماه لنفسه فيفارق حمى النبي (ص) لنفسه ، لأن صلاحه يعود الى صلاح المسلمين وماله كان يرده فى المسلمين ، ففارق الأئمة فى ذلك وساووه فيما كان صلاحا للمسلمين ، وليس لهم أن يحموا إلا قدراً لا يضيق به على المسلمين ويضر بهم ، لانه انما جاز لما فيه من المصلحة لما يحمى ، وليس من المصلحة ادخال الضرر على أكثر الناس

(فصل) وما حماه النبي (ص) فليس لاحد نقضه ولا تغييره مع بقاء الحاجة اليه : ومن أحيا منه شيئا لم يملكه ، وان زالت الحاجة اليه ففيه وجهان ، وما حماه غيره من الائمة فغيّره هو أو غيّره من الائمة جاز ، وان أحياه إنسان ملكه فى أحد الوجهين ، لان حمى الائمة اجتهاد وملك الارض بالاحياء نص ، والنص يقدم على الاجتهاد .

والوجه الآخر لا يملكه ، لان اجتهاد الامام لا يجوز نقضه كما لا يجوز نقض حكمه ، ومذهب الشافعى فى هذا على نحو ما قلنا والله أعلم

(فصل فى أحكام المياه)

قد ذكرنا فى البيع حكم ملكها وبيعها ، ونذكر ههنا حكم السقى بها فنقول : لايخلو الماء من حالين . إما أن يكون جاريا أو واقفا ، فإن كان جاريا فهو ضربان أحدهما أن يكون فى نهر غير مملوك ، وهو قسمان :

أحدهما ان يكون نهراً عظيما كالنيل والفرات ودجلة وما أشبههما من الانهار العظيمة التى لا يستضر أحد بسقيه منها ، فهذا لا تزاحم فيه ، ولكل أحد ان يسقى منها ما شاء متى شاء كيف شاء

القسم الثانى . أن يكون نهراً صغيراً يزدحم الناس فيه ويتشاحون فى مائه أو سيل يتشاح فيه أهل الارض الشاربة منه ، فإنه يبدأ بمن فى أول النهر فيسقى ويحبس الماء حتى يبلغ الى الكعب ثم يرسل الى الذى يليه فيصنع كذلك ، وعلى هذا الى أن تنتهى الاراضى كلها ، فإن لم يفضل عن الاول شيء أو عن الثانى

أو عمن يليهم فلا شيء للباقين لأنه ليس لهم الا ما فضل ، فهم كالعصبة فى الميراث وهـذا قول فقهاء المدينة ومالك والشافعى ، ولا نعلم فيه مخالفا ، والاصل فى هذا ما روى عبد الله بن الزبير أن رجلا من الانصار خاصم الزبير فى شراج الحرة التى يسقون بها الى النبى (ص) فقال (ص) « اسق يا زبير ثم ارسل الماء الى جارك » فغضب الانصارى وقال : يا رسول الله إن كان ابن عمتك ؟ فتلون وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قال « يازبير اسق ثم احبس الماء حتى يرجع الى الجدر » قال الزبير : فو الله إنى لاحسب هـذه الآية نزلت فيه (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم) متفق عليه ، ورواه مالك فى موطئه عن الزهرى عن عروة عن عبد الله بن الزبير .

وذكر عنه عبد الرزاق عن معمر عن الزهرى قال: نظرنا فى قول النبى (ص) « ثم احبس الماء حتى يبلغ الى الجدر » فكان ذلك الى الكعبين

قال أبو عبيد : الشراج جمع شرج ، والشرج نهر صغير : والحرة أرض ملتبسة بحجارة سود والجدر الجدار : وإنما أمر النبى (ص) الزبير أن يسقى ثم يرسل الماء تسهيلا على غيره ، فلما قال الانصارى ما قال استوعى النبى (ص) الزبير حقه .

وروى مالك فى الموطأ أيضا عن عبد الله بن أبى بكر بن حزم انه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى سيل مهزوز ومذينيب يمسك حتى الكعبين ثم يرسل الاعلى على الاسفل قال ابن عبد البر : هذا حديث مدنى مشهور عند أهل المدينة معمول به عندهم

قال عبد الملك بن حبيب : مهزوز ومذينيب واديان من أودية المدينه يسيلان بالمطر وتتنافس أهل الحوائط فى سيلهما . وروى ابو داود بإسناده عن ثعلبة بن أبى مالك انه سمع كبراءهم يذكرون ان رجلا من قريش كان له سهم فى بنى قريظة فخاصم إلى رسول الله (ص) فى سيل مهزوز ، والسيل الذى يقتسمون ماءه ، فقضى بينهم رسول الله (ص) ان الماء الى الكعبين لا يحبس الاعلى على الاسفل ولان من أرضه قريبة من فوهة النهر أسبق الى الماء فكان أولى به ، كمن سبق الى المشرعة ، فإن كانت أرض صاحب الاعلى مختلفة ، منها مستعليه ومنها مستفلة سقى كل واحدة منهما على حدتها

وان استوى اثنان فى القرب من أول النهر اقتسما المـــاء بينهما ان أمكن وان لم يمكن أقرع بينهما فقدم من تقع له القرعة فإن كان المـاء لا يفضل عن أحدهما سقى من تقع له القرعة بقدر حقه من الماء ثم تركه للآخر وليس له أن يسقى بجميع الماء لأن الآخر يساويه فى استحقاق الماء وإنما القرعة للتقديم فى استيفاء الحق لا فى أصل الحق بخلاف الأعلى مع الأسفل فإنه ليس للأسفل حق إلا فيما فضل عن الأعلى .

فإن كانت أرض أحدهما أكثر من أرض الآخر قسم الماء بينهما على قدر الأرض لأن الزائد من أرض أحدهما مساو فى القرب فاستحق جزءاً من المـاء كما لو كان لشخص ثالث ، وان كان لجماعة رسم شرب من نهر غير مملوك أو سيل وجاء إنسان ليحيي مواتا أقرب الى رأس النهر من أرضهم لم يكن له أن يسقى قبلهم لأنهم أسبق الى النهر منه ، ولأن من ملك أرضاً ملكها بحقوقها ومرافقها ولا يملك غيره إبطال حقوقها وهذا من حقوقها ، وهل لهم منعه من إحياء ذلك الموات ؟ فيه وجهان .

أحدهما : ليس لهم منعه لأن حقهم فى النهر لا فى الموات .

والثانى : لهم منعه لئلا يصير ذلك ذريعة الى منعهم حقهم من السقى لتقديمه عليهم بالقرب إذا طال الزمان وجهل الحال ، فإذا قلنا ليس لهم منعه فسبق إنسان الى مسيل ماء أو نهر غير مملوك فأحيا فى أسفله مواتا ثم أحيا آخر فوقه ثم أحيا ثالث فوق الثانى كان للأسفل السقى أولا ثم الثانى ثم الثالث ويقدم السبق الى الاحياء على السبق الى أول النهر لما ذكرنا .

(فصل) الضرب الثانى الماء الجارى فى نهر مملوك وهو أيضا قسمان .

أحدهما : أن يكون الماء مباح الأصل مثل أن يحفر إنسان نهراً صغيراً يتصل بنهر كبير مباح فما لم يتصل الحفر لا يملكه وانما هو تحجر وشروع فى الاحياء فإذا اتصل الحفر كمل الاحياء وملكه لأن الملك بالاحياء أن تنتهى العمارة الى قصدها بحيث يتكرر الانتفاع بها على صورتها وهذا كذلك ، وسواء أجرى فيه الماء أو لم يجره لأن الاحياء يحصل بأن يهيئه للانتفاع به دون حصول المنفعة فيصير مالكا لقرار النهر وحافتيه ، وهواؤه حق له وكذلك حريمه وهو ملقى الطين من كل جانب

وعند القاضي أن ذلك غير مملوك لصاحب النهر وانما هو حق من حقوق الملك : وكذلك حريم البئر ، وهذا مذهب الشافعي ، وظاهر قول الخرقي أنه مملوك لصاحبه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أحيا أرضا لم تملك فهي له » وإحياؤها أن يحوط عليها حائطا أو يحفر فيها بئرا فيكون له خمس وعشرون ذراعا حواليها وحريم النهر يجب أن يكون كذلك .

فإذا تقرر هذا فكان النهر لجماعة فهو بينهم على حسب العمل والنفقة لأنه إنما ملك بالعمارة والعمارة بالنفقة فإن كفى جميعهم فلا كلام وان لم يكفهم وتراضوا على قسمته بالمهايأة أو غيرها جاز لأنه حقهم لا يخرج عنهم وان تشاحوا في قسمته قسمه الحاكم بينهم على قدر أملاكهم لأن كل واحد منهم يملك من النهر بقدر ذلك فتؤخذ خشبة صلبة أو حجر مستوي الطرفين والوسط فيوضع على موضع مستو من الأرض في مقدم الماء فيه حزوز أو ثقوب متساوية في السعة على قدر حقوقهم يخرج من كل جزء أو ثقب الى ساقية مفردة لكل واحد منهم فإذا حصل الماء في ساقيته انفرد به ، فإن كانت أملاكهم مختلفة قسم على قدر ذلك فاذا كان لأحدهم نصفه وللآخر ثلثه وللآخر سدسه جعل فيه ستة ثقوب لصاحب النصف ثلاثة نصب في ساقيته ولصاحب الثلث اثنان ولصاحب السدس واحد .

وان كان لواحد الخمسان والباقي لاثنين يتساويان فيه جعل عشرة ثقوب لصاحب الخمسين أربعة نصب في ساقيته ولكل واحد من الآخرين ثلاثة نصب في ساقية له فان كان النهر لعشرة لخمسة منهم أراض قريبة من أول النهر ولخمسة أراض بعيدة جعل لاصحاب القريبة خمسة ثقوب لكل واحد ثقب وجعل للباقين خمسة تجري في النهر حتى تصل إلى أرضهم ثم تقسم بينهم قسمة أخرى .

وان أراد أحدهم أن يجري ماءه في ساقية غيره ليقاسمه في موضع آخر لم يجز إلا برضاه لأنه يتصرف في ساقيته ويخرب حافتها بغير إذنه ، ويخلط حقه بحق غيره على وجه لا يتميز فلم يجز ذلك ، ويجيء على قولنا : أن الماء لا يملك أن حكم الماء في هذا النهر حكمه في نهر غير مملوك ؛ وأن الاسبق أحق بالسقي منه ، ثم الذي يليه على ما ذكرنا ، لانه غير مملوك فكان الاسبق اليه أحق به ، كما لو كان في نهر غير مملوك ، ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله على نحو ما ذكرنا ، والله أعلم .

فصل

وإذا حصل نصيب إنسان فى ساقية ، فله أن يسقى به ماشاء من الارض سواء كان لها رسم شرب من هذا النهر ، أو لم يكن ، وله أن يعطيه من يسقى به ، وقال القاضى وأصحاب الشافعى . ليس له سقى أرض ليس لها رسم شرب فى هذا الماء لان ذلك دال على أن لها قسما من هذا الماء فربما جعل سقيها منه دليلا على استحقاقها لذلك ، فيستضر الشركاء . ويصير هذا كما لو كان له دار بابها فى درب لا ينفذ ، ودار بابها فى درب آخر ظهرها ملاصق لظهر داره الاولى ، فأراد تنفيذ إحداهما إلى الاخرى ، لم يجز لأنه يجعل لنفسه استطراقا من كل واحدة من الدارين .

ولنا أن هذا ماء انفرد باستحقاقه ، فكان له أن يسقى منه ماشاء ، كما لو انفرد به من أصله ، ولا نسلم ما ذكروه فى الدارين ، وان سلمنا فالفرق بينهما أن كل دار يخرج منها الى درب آخر مشترك لان الظاهر أن لكل دار سكانا فيجعل لسكان كل واحدة منهما استطراقا الى درب غير نافذ لم يكن لهم حق فى استطراقه ، وههنا إنما يسقى من ساقيته المفردة التى لا يشاركه غيره فيها ، فلو صار لتلك الأرض رسم من الشرب من ساقيته لم يتضرر بذاك أحد .

ولو كان يسقى من هذا النهر بدولاب فأحب أن يسقى بذلك الماء أرضا لا رسم لها فى الشرب من ذاك النهر ، فالحكم فى ذاك على ما ذكرنا من الخلاف فى التى قبلها ، وان كان الدولاب يغرف من نهر غير مملوك جاز أن يسقى بنصيبه من الماء أرضا لا رسم لها فى الشرب منه بغير خلاف نعلمه . فإن ضاق الماء قدم الاسبق فالاسبق على ما مضى .

(فصل ولكل واحد منهم ان يتصرف فى ساقيته المختصة به بما أحب من إجراء غير هذا الماء فيها أو عمل رحى عليها أو دولاب أو عبارة وهى خشبة تمد على طرفى النهر أو قنطرة يعبر الماء فيها ، وغير ذلك من التصرفات ، لأنها ملكه لا حق لغيره فيها ، فأما النهر المشترك فليس لواحد منهم أن يتصرف فيه بشيء من ذلك لأنه يتصرف فى النهر المشترك ، وفى حريمه بغير إذن شركائه . وقال القاضى فى العبارة : هذا ينبنى على الروايتين ، فيمن أراد أن يجرى ماءه فى ارض غيره ، والصحيح انه لايجوز ههنا ، ولا يصح قياس هذا على إجراء الماء فى ارض غيره

لأن إجراء الماء فى أرض ينفع صاحبها ، لأنه يسقى عروق شجره ويشرب به أولا وآخراً : وهذا لا ينفع النهر بل ربما أفسد حافتيه ولم يسق له شيئا .

ولو أراد أحد الشركاء أن يأخذ من النهر قبل قسمه شيئا ، يسقى به أرضا فى أول النهر أو غيره أو أراد إنسان غيرهم ذلك لم يجز لأنهم صاروا أحق بالماء الجارى فى نهرهم من غيرهم ولأن الآخذ من الماء ربما احتاج الى تصرف فى حافة النهر المملوك لغيره أو المشترك بينه وبين غيره : ولو فاض ماء هذا النهر الى ملك إنسان فهو مباح كالطائر يعشش فى ملك إنسان وهذا كله مذهب الشافعى فيه نحو مما ذكرنا .

(فصــــل)

وإن قسموا ماء النهر المشترك بالمهايأة جاز إذا تراضوا به وكان حق كل واحد منهم معلوما مثل أن يجعلوا لكل حصة يوما وليلة أو أكثر من ذلك أو أقل ، وان قسموا النهار فجعلوا لواحد من طلوع الشمس الى وقت الزوال وللآخر من الزوال الى الغروب ونحو ذلك جاز .

وان قسموه ساعات وأمكن ضبط ذلك بشيء معلوم كطاسة مثقوبة تترك فى الماء وفيها علامات إذا انتهى الماء الى علامة كانت ساعة وإذا انتهى الى الأخرى كانت ساعتين أو زجاجة فيها رمل ينزل من أعلاها الى أسفلها فى ساعة أو ساعتين ثم يقلبها فيعود الرمل الى الموضع الذى كان فيه فى مثل ذلك المقدار أو بميزان الشمس الذى تعرف به ساعات النهار او بمنازل القمر فى الليل ونحو ذلك جاز فإذا حصل الماء لاحدهم فى نوبته فأراد ان يسقى به ارضاً ليس لها رسم شرب من هذا او يؤثر به إنسانا او يقرضه إياه على وجه لا يتصرف فى حافة النهر جاز ، وعلى قول القاضى واصحاب الشافعى ينبغى ان لا يجوز لما تقدم فى مثل ذلك .

وان اراد صاحب النوبة ان يجرى مع مائه ماء له آخر يسقى به ارضه التى لها رسم شرب من هذا النهر او ارضا له اخرى او سأله إنسان ان يجرى ماء له مع مائه فى هذا النهر ليقاسمه إياه فى موضع آخر على وجه لا يضر بالنهر ولا بأحد جاز ذلك فى قياس قول اصحابنا فإنهم قالوا فيمن استأجر ارضاً جاز ان يجرى

فيها ماء فى نهر محفور اذا كان فيها ولانه مستحق لنفع النهر فى نوبته بإجراء الماء فأشبه مالو استأجرها لذلك .

(فصل) القسم الثانى : ان يكون منبع الماء مملوكا مثل ان يشترك جماعة فى استنباط عين واجرائها فإنهم يملكونها ايضا لان ذلك احياء لها ويشتركون فيها وفى ساقيتها على حسب ما انفقوا عليها وعملوا فيها كما ذكرنا فى القسم الذى قبل هذا الا ان الماء غير مملوك ثم لانه مباح دخل ملكه فأشبه ما لو دخل صيد بستانه وههنا يخرج على روايتين اصحهما انه غير مملوك ايضا ، وقد ذكرنا ذلك ، وعلى كل حال فلكل احد ان يستقى من الماء الجارى لشربه ووضوئه وغسله وغسل ثيابه وينتفع به فى اشباه ذلك مما لا يؤثر فيه من غير اذنه اذا لم يدخل اليه فى مكان محوط عليه ، ولا يحل لصاحبه المنع من ذلك لما روى ابو هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ثلاثة لا ينظر الله اليهم ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم : رجل كان بفضل ماء بالطريق فمنعه ابن السبيل » رواه البخارى .

وعن بهيسة عن ابيها انه قال يا نبى الله ما الشىء الذى لا يحل منعه ؟ قال « الماء » قال يا نبى الله ما الشىء الذى لا يحل منعه ؟ قال « الملح » قال يا نبى الله ما الشىء الذى لا يحل منعه ؟ قال « ان تفعل الخير خير لك » رواه ابو داود ، ولان ذلك لا يؤثر فى العادة وهو فاضل عن حاجة صاحب النهر . فأما ما يؤثر فيه كسقى الماشية الكثيرة ونحو ذلك فإن فضل الماء عن حاجة صاحبه لزمه بذله لذلك وان لم يفضل لم يلزمه ، وقد ذكرنا ذلك فى غير هذا الموضع .

(فصل)

اذا كان النهر او الساقية مشتركا بين جماعة فان أرادوا إكراءه او سد بثق فيه او اصلاح حائطه او شىء منه كان ذلك عليهم على حسب ملكهم فيه فان كان بعضهم ادنى الى اوله من بعض اشترك الكل فى اكرائه واصلاحه الى ان يصلوا الى الاول ثم لا شىء على الاول ويشترك الباقون حتى يصلوا الى الثانى ثم يشترك من بعده كذلك كلما انتهى العمل الى موضع واحد منهم لم يكن عليه فيما بعده شىء وبهذا قال الشافعى .

وحكى ذلك عن أبى حنيفة ، وقال ابو يوسف ومحمد يشترك جميعهم فى إكرائه

كله لانهم ينتفعون بجميعه فان ما جاوز الاول مصب لمائه وان لم يسق أرضه .

ولنا أن الاول إنما ينتفع بالماء الذى فى موضع شربه وما بعده إنما يختص بالانتفاع به من دونه فلا يشاركهم فى مؤنته كما لا يشاركهم فى نفعه فان كان يفضل عن جميعهم منه مايحتاج الى مصرف فمؤنة ذلك المصرف على جميعهم لانهم يشتركون فى الحاجة اليه والانتفاع به فكانت مؤنته عليهم كلهم كأوله .

« مسألة » قال (واحياء الأرض أن يحوط عليها حائطا)

ظاهر كلام الخرقى أن تحويط الأرض إحياء لها ، سواء أرادها للبناء أو للزرع أو حظيرة للغنم أو الخشب أو غير ذلك ، ونص عليه أحمد فى رواية على بن سعيد فقال : الاحياء أن يحوط عليها حائطا ويحفر فيها بئراً أو نهراً . ولا يعتبر فى ذلك تسقيف ؛ وذلك لما روى الحسن عن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من أحاط حائطا على أرض فهى له » رواه أبو داود والامام احمد فى مسنده . ويروى عن جابر عن النبى صلى الله عليه وسلم مثله ، ولأن الحائط حاجز منيع فكان إحياء ، أشبه ما لو جعلها حظيرة للغنم ، ويبين هذا أن القصد لا اعتبار به ، بدليل ما لو أرادها حظيرة للغنم فبناها بجص وآجر وقسمها بيوتاً فإنه يملكها ، وهذا لا يصنع للغنم مثله ، ولا بد أن يكون الحائط منيعاً يمنع ما وراءه ويكون مما جرت العادة بمثله ويختلف باختلاف البلدان . فلو كان مما جرت عادتهم بالحجارة وحدها كأهل حوران وفلسطين أو بالطين كالفطائر لاهل غوطة دمشق أو بالخشب أو بالقصب كأهل الغور كان ذلك إحياء ، وان بناه بأرفع مما جرت به عادته كان أولى ، وقال القاضى فى صفة الاحياء روايتان :

احداهما : ما ذكرنا .

والثانية : الاحياء ماتعارفه الناس احياء . لان الشرع ورد بتعليق الملك على الاحياء ولم يبينه ولا ذكر كيفيته فيجب الرجوع فيه الى ما كان إحياء فى العرف كما أنه لما ورد باعتبار القبض والحرز ولم يبين كيفيته كان المرجع فيه الى العرف ولان الشارع لو علق الحكم على مسمى باسم لتعلق بمسماه عند أهل اللسان، فكذلك يتعلق الحكم بالمسمى احياء عند أهل العرف ، ولان النبى (ص) لا يعلق حكما على

ما ليس إلى معرفته طريق فلما لم يبينه تعين العرف طريقاً لمعرفته إذ ليس له طريق سواه

إذا ثبت هذا ، فإن الأرض تحي داراً للسكنى وحظيرة ومزرعة ، فإحياء كل واحدة من ذلك بتهيئتها للانتفاع الذى أريدت له ، فأما الدار ، فبأن يبنى حيطانها بما جرت به العادة وتسقيفها ، لأنها لا تكون للسكنى إلا بذلك .

وأما الحظيرة فإحياؤها بحائط جرت به عادة مثلها ، وليس من شرطها التسقيف لأن العادة ذلك من غير تسقيف . وسواء أرادها حظيرة للماشية أو للخشب أو للحطب أو نحو ذلك .

ولو خندق عليها خندقاً لم يكن إحياء . لأنه ليس بحائط ولا عمارة ، إنما هو حفر وتخريب ، وإن حاطها بشوك وشبهه لم يكن إحياء وكان تحجراً ، لأن المسافر قد ينزل منزلا ويحوط على رحله بنحو من ذلك . ولو نزل منزلا فنصب به بيت شعر أو خيمة لم يكن إحياء .

وإن أرادها للزراعة فبأن يهيئها لإمكان الزرع فيها . فإن كانت لا تزرع إلا بالماء فبأن يسوق إليها ماء من نهر أو بئر . وإن كانت مما لا يمكن زرعها لكثرة أحجارها ، كأرض الحجاز فبأن يقلع أحجارها وينقيها حتى تصلح للزرع ، وإن كانت غياضاً وأشجاراً كأرض الشعرى فبان يقلع أشجارها ويزيل عروقها التى تمنع الزرع . وإن كانت مما لا يمكن زرعه إلا بحبس الماء عنها كأرض البطائح التى يفسدها غرقها بالماء لكثرته ، فإحياؤها بسد الماء عنها وجعلها بحال يمكن زرعها ، لأن بذلك يمكن الانتفاع بها فيما أرادها من غير حاجة إلى تكرار ذلك فى كل عام ، فكان إحياء ، كسوق الماء إلى الأرض التى لا ماء لها .

ولا يعتبر فى إحياء الأرض حرثها ولا زرعها ، لأن ذلك مما يتكرر كلما أراد الانتفاع بها ، فلم يعتبر فى الاحياء كسقيها وكالسكنى فى البيوت ، ولا يحصل الاحياء بذلك إذا فعله لمجرده لما ذكرنا .

ولا يعتبر فى إحياء الأرض للسكنى نصب الأبواب على البيوت ، وبهذا قال الشافعى فيما ذكرنا فى الرواية الثانية ، إلا أن له وجهاً فى أن حرثها

وزرعها إحياء لها ، وإن ذلك معتبر فى احيائها ولا يتم بدونه . وكذلك نصب الأبواب على البيوت ، لانه مما جرت العادة به فأشبه التسقيف ، ولا يصح هذا لما ذكرنا . ولأن السكنى ممكنة بدون نصب الابواب فأشبه تطيين سطوحها وتبييضها .

« مسألة » قال (أو يحفر فيها بئراً فيكون له خمس وعشرون ذراعا حواليها وان سبق الى بئر عادية فحريمها خمسون ذراعا)

البئر العادية بتشديد الياء القديمة منسوبة الى عاد ، ولم يرد عاداً بعينها ، لكن لما كانت عاد فى الزمن الاول وكانت لها آثار فى الارض نسب اليها كل قديم ، فكل من حفر بئراً فى موات للتمليك فله حريمها خمس وعشرون ذراعا من كل جانب . ومن سبق الى بئر عادية كان أحق بها ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو له وله حريمها خمسون ذراعا من كل جانب » نص أحمد على هذا فى رواية حرب وعبد الله واختاره أكثر أصحابنا .

وقال القاضى وأبو الخطاب : ليس هذا على طريق التحديد ، بل حريمها على الحقيقة ما تحتاج اليه فى ترقية مائها منها . فإن كان بدولاب فقدر مد الثور أو غيره ، وان كان بساقية فبقدر طول البئر . لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « حريم البئر مد رشائها » أخرجه ابن ماجه ، ولانه المكان الذى تمشى اليه البهيمة ، وان كان يستقى منها بيده فبقدر ما يحتاج اليه الواقف عندها .

وان كان المستخرج عينا فحريمها القدر الذى يحتاج اليه صاحبها للانتفاع بها ولا يستضر بأخذه منها ولو على ألف ذراع . وحريم البئر من جانبيه ما يحتاج اليه لطرح كرايته بحكم العرف فى ذلك ، لان هذا انما ثبت للحاجة فينبغى أن تراعى فيه الحاجة دون غيرها .

وقال أبو حنيفة : حريم البئر أربعون ذراعا ، وحريم العين خمسمائة ذراع ، لان أبا هريرة روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « حريم

البئر أربعون ذراعاً لأعطان الابل والغنم ، وعن الشعبي مثله رواه أبو عبيد .

ولنا ما روى الدارقطني والخلال بإسنادهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : حريم البئر البدي خمس وعشرون ذراعا وحريم البئر العادي خمسون ذراعا ، وهذا نص .

وروى أبو عبيد بإسناده عن يحيى بن سعيد الانصاري أنه قال : السنة في حريم القليب العادي خمسون ذراعا والبدي خمس وعشرون ذراعا ، وبإسناده عن سعيد بن المسيب قال : حريم البئر البدي خمس وعشرون ذراعا من نواحيها كلها وحريم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع من نواحيها كلها وحريم البئر العادية خمسون ذراعا من نواحيها كلها ، ولانه معنى يملك به الموات فلا يقف على قدر الحاجة كالحائط ، ولان الحاجة الى البئر لا تنحصر في ترقية الماء فانه يحتاج الى ما حولها عطنا لإبله وموقفا لدوابه وغنمه وموضعا يجعل فيه أحواضا يسقي منها ماشيته ، وموقفا لدابته التي يستقي عليها وأشباه ذلك فلا يختص الحريم بما يحتاج اليه لترقية الماء ، وأما حديث أبي حنيفة لحديثنا أصح منه ورواهما أبو هريرة فيدل على ضعفه .

اذا ثبت هذا فظاهر كلام الخرقي أن هذا الحريم مملوك لصاحب البئر : وعند الشافعي والقاضي ليس بمملوك وقد سبق ذكر هذا .

(فصل) ولا بد أن يكون البئر فيها ماء ، وان لم يصل الى الماء ، فهو كالمتحجر الشارع في الاحياء على ما قدمناه ؟ ويجب أن يحمل قوله في البئر العادية على البئر التي انطمت وذهب ماؤها لجدد حفرها وعمارتها أو انقطع ماؤها فاستخرجه ليكون ذلك احياء لها .

وأما البئر التي لها ماء ينتفع به المسلمون فليس لأحد احتجاره ومنعه لانه يكون بمنزلة المعادن الظاهرة التي يرتفق بها الناس ، وهكذا العيون النابعة ليس لأحد أن يختص بها ، ولو حفر رجل بئراً للمسلمين ينتفعون بها أو لينتفع هو بها مدة اقامته عندها ثم يتركها لم يملكها وكان له الانتفاع بها ، فإذا تركها صارت للمسلمين كلهم كالمعادن الظاهرة وما دام مقيما عندها

فهو أحق بها ، لأنه سابق اليها فهو كالمتحجر الشارع في الاحياء .

(فصل) واذا كان لإنسان شجرة في موات فله حريمها قدر ما تمد اليه أغصانها حواليها ، وفي النخلة مد جريدها لما روى أبو داود بإسناده عن أبي سعيد قال . اختصم الى النبي صلى الله عليه وسلم في حريم نخلة ، فأمر بجريدة من جرائدها فذرعت فكانت سبعه أذرع أو خمسة أذرع فقضى بذلك .

وان غرس شجرة في موات فهي له وحريمها : وان سبق الى شجر مباح كالزيتون والخروب فسقاه وأصلحه فهو أحق به كالمتحجر الشارع في الاحياء ، فإن طعمه ملكه بذلك وحريمه لانه تهيأ للانتفاع به لما يراد منه فهو كسوق الماء الى الارض الموات : ولقول النبي صلى الله عليه وسلم « من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو أحق به » .

(فصـــل)

ومن كانت له بئر فيها ماء فحفر آخر قريبا منها بئرا ينسرق اليها ماء البئر الاولى فليس له ذلك . سواء كان محتفر الثانية في ملكه ، مثل رجلين متجاورين في دارين حفر أحدهما في داره بئراً ثم حفر الآخر بئراً أعمق منها فسرى اليها ماء الاولى ، أو كانتا في موات فسبق أحدهما فحفر بئراً ثم جاء آخر فحفر قريبا منها بئراً تجتذب ماء الاولى ، ووافق الشافعي في هذه الصورة الثانية ، لانه ليس له أن يبتدىء ملكه على وجه يضر بالمالك قبله .

وقال في الاولى : له ذلك ، لانه تصرف مباح في ملكه فجاز له فعله كتعلية داره .

وهكذا الخلاف في كل ما يحدثه الجار مما يضر بجاره ، مثل أن يجعل داره مدبغة أو حماما يضر بعقار جاره بحمى ناره ورماده ودخانه ، أو يحفر في أصل حائطه حشا يتأذى جاره برائحته وغيرها ، أو يجعل داره مخبزاً في وسط العطارين ونحوه مما يؤذي جيرانه ، فلا يحل له ذلك ، وقال الشافعي : له ذلك كله لانه تصرف مباح في ملكه أشبه بناءه ونقضه

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » ولأنه احداث

ضرر بجاره فلم يجز كالدق الذى يهز الحيطان ويخربها وكإلقاء السماد والتراب ونحوه فى أصل حائطه على وجه يضر به ولو كان لرجل مصنع ماء فأراد جاره غرس شجرة تين أو نحوها مما تسرى عروقه فتشق حائط مصنع جاره ويتلفه لم يملك ذلك وكان لجاره منعه وقلعها ان غرسها ، ولو كان هذا الذى يحصل منه الضرر سابقا مثل من له فى ملكه مدبغة أو مقصرة فأحيا انسان الى جانبه مواتا وبناه داراً يتضرر بذلك لم يلزم ازالة الضرر بغير خلاف نعلمه لانه لم يحدث ضرراً والله تعالى أعلم .

« مسألة » قال وسواء فى ذلك ما أحياه أو سبق اليه باذن الامام أو غير اذنه)

وجملة ذلك أن احياء الموات لم يفتقر الى اذن الامام وبهذا قال الشافعى وأبو يوسف ومحمد : وقال أبو حنيفة يفتقر الى اذنه لان للإمام مدخلا فى النظر فى ذلك بدليل أن من تحجر مواتا فلم يحيه فإنه يطالبه بالاحياء أو الترك فافتقر الى اذنه كمال بيت المال .

ولنا عموم قوله عليه السلام « من أحيا أرضا فهى له » ولان هذه عين مباحة فلا يفتقر تملكها الى اذن الامام كأخذ الحشيش والحطب . ونظر الامام فى ذلك لا يدل على اعتبار اذنه ألا ترى أن من وقف فى مشرعة طالبه الامام أن يأخذ حاجته وينصرف ولا يفتقر ذلك الى اذنه : وأما مال بيت المال فانما هو مملوك للمسلمين وللإمام ترتيب مصارفه فافتقر الى اذنه بخلاف مسألتنا فان هذا مباح فمن سبق اليه كان أحق الناس به كالحشيش والحطب والصيود والثمار المباحة فى الجبال .

(فصل فأما ما سبق اليه فهو الموات اذا سبق اليه فتحجره كان أحق به ، وان سبق الى بئر عادية فشرع فيها يعمرها كان أحق بها ، ومن سبق الى مقاعد الاسواق والطرقات أو مشارع المياه والمعادن الظاهرة والباطنة وكل مباح مثل الحشيش والحطب والثمار المأخوذة من الجبال وما ينبذه الناس رغبة عنه أو يضيع منهم مما لا تتبعه النفس ، واللقطة واللقيط وما يسقط من الثلج وسائر المباحات من سبق الى شيء من هذا فهو أحق به ولا يحتاج الى اذن الامام ولا اذن غيره لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو أحق به » والله الموفق .

كتاب الوقوف والعطايا

الوقوف جمع وقف ، يقال منه وقفت وقفاً ؛ ولا يقال أوقفت إلا في شاذ اللغة ، ويقال حبست وأحبست ، وبه جاء الحديث « إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها » .

والعطايا جمع عطية ، مثل خلية وخلايا ، وبلية وبلايا ، والوقف مستحب ، ومعناه تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة .

والأصل فيه ما روى عبد الله بن عمر قال : أصاب عمر أرضاً بخيبر ، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم يستأمره فيها ؛ فقال يا رسول الله إنى أصبت أرضا بخيبر لم أصب قط مالا أنفس عندى منه فما تأمرنى فيها ؟ فقال « إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها ، غير أنه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث » قال فتصدق بها عمر فى الفقراء وذوى القربى والرقاب وابن السبيل والضيف ، لا جناح على من وليها أن يأكل منها أو يطعم صديقا بالمعروف غير متأثل فيه أو غير متمول فيه . متفق عليه

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث : صدقة جارية ، أو علم ينتفع به من بعده ، أو ولد صالح يدعو له » قال الترمذى . هذا حديث حسن صحيح ، وأكثر أهل العلم من السلف ومن بعدهم على القول بصحة الوقف . قال جابر ، لم يكن أحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ذو مقدرة إلا وقف ، ولم ير شريح الوقف وقال لا حبس عن فرائض الله قال أحمد : وهذا مذهب أهل الكوفة ، وذهب أبو حنيفة الى أن الوقف لا يلزم بمجرده ، وللواقف الرجوع فيه إلا أن يوصى به بعد موته فيلزم أو يحكم بلزومه حاكم وحكاه بعضهم عن على وابن مسعود وابن عباس وخالفه صاحباه فقالا كقول سائر أهل العلم .

واحتج بعضهم بما روى أن عبد الله بن زيد صاحب الاذان جعل حائطه صدقة وجعله إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء أبواه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقالا يارسول الله لم يكن لنا عيش إلا هذا الحائط ، فرده رسول الله

صلى الله عليه وسلم ثم ماتا فورثها . رواه المحاملى فى أماليه ، ولأنه أخرج ماله على وجه القربة من ملكه فلا يلزم بمجرد القول كالصدقة . وهذا القول يخالف السنة الثابتة عن رسول الله (ص) وإجماع الصحابة رضى الله عنهم ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال لعمر فى وقفه « لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث » . قال الترمذى رحمه الله . العمل على هذا الحديث عند أهل العلم من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وغيرهم ، لا نعلم بين أحد من المتقدمين منهم فى ذلك اختلافا .

قال الحميدى . تصدق ابو بكر رضى الله عنه بداره على ولده ، وعمر بربعه عند المروة على ولده ، وعثمان برومة . وتصـــدق على بأرضه بينبع ، وتصدق الزبير بداره بمكة وداره بمصر وأمواله بالمدينة على ولده ، وتصدق سعد بداره بالمدينة وداره بمصر على ولده ، وعمرو بن العاص بالوهط وداره بمكة على ولده ، وحكيم ابن حزام بداره بمكة والمدينة على ولده ، فذلك كله إلى اليوم .

وقال جابر : لم يكن أحد من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم ذو مقدرة إلا وقف ، وهذا إجماع منهم ، فإن الذى قدر منهم على الوقف وقف ، واشتهر ذلك فلم ينكره أحد فكان إجماعا ؛ ولأنه إزالة ملك يلزم بالوصية فإذا نجزه حال الحياة لزم من غير حكم كالعتق ، وحديث عبد الله بن زيد إن ثبت فليس فيه ذكر الوقف . والظاهر أنه جعله صدقة غير موقوف ، استناب فيها رسول الله (ص) فرأى والديه أحق الناس بصرفها إليهما ، ولهذا لم يردها عليه ، إنما دفعها اليهما ، ويحتمل أن الحائط كان لهما وكان هو يتصرف فيه بحكم النيابة عنهما فتصرف بهذا التصرف بغير إذنهما فلم ينفذاه وأتيا النبى صلى الله عليه وسلم فرده اليهما . والقياس على الصدقة لا يصح لأنها تلزم فى الحياة بغير حكم حاكم وانما تفتقر الى القبض ، والوقف لا يفتقر اليه فافترقا

« مسألة » قال ابو القاسم رحمة الله عليه ﴿ ومن وقف فى صحة من عقله وبدنه على قوم وأولادهم وعقبهم ثم آخره للمساكين فقد زال ملكه عنه ﴾

فى هذه المسألة فصول ثلاثة :

أحدها : أن الوقف إذا صح زال به ملك الواقف عنه فى الصحيح من المذهب ، وهو المشهور من مذهب الشافعى ومذهب ابى حنيفة . وعن أحمد لا يزول ملكه ، وهو قول مالك ، وحكى قولا للشافعى رضى الله عنه لقول النبى ص « حبس الأصل وسبل الثمرة »

ولنا أنه سبب يزيل التصرف فى الرقبة والمنفعة فأزال الملك كالعتق ، ولأنه لو كان ملكه لرجعت اليه قيمته كالملك المطلق . وأما الخبر فالمراد به ان يكون محبوسا لا يباع ولا يوهب ولا يورث . وفائدة الخلاف انا اذا حكمنا ببقاء ملكه لزمته مراعاته والخصومة فيه ، ويحتمل ان يلزمه أرش جنايته كما يفدى أم الولد سيدها لما تعذر تسليمه بخلاف غير المالك

الفصل الثانى : ان ظاهر هذا الكلام انه يزول الملك ويلزم الوقف بمجرد اللفظ به ، لأن الوقف يحصل به

وعن احمد رحمه الله رواية أخرى : لا يلزم الا بالقبض واخراج الواقف له عن يده ، وقال . الوقف المعروف أن يخرجه من يده الى غيره ويوكل فيه من يقوم به ، اختاره ابن ابى موسى ، وهو قول محمد بن الحسن . لانه تبرع بمال لم يخرجه عن المالية فلم يلزم بمجرده كالهبة والوصية

ولنا ما رويناه من حديث عمر ، ولأنه تبرع يمنع البيع والهبة والميراث فلزم بمجرده كالعتق ، ويفارق الهبة فإنها تمليك مطلق والوقف تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة فهو بالعتق أشبه فإلحاقه به أولى

الفصل الثالث : أنه لا يفتقر الى القبول من الموقوف عليه ، ذكره القاضى . وقال أبو الخطاب : إن كان الوقف على غير معين كالمساكين أو من لا يتصور منه القبول كالمساجد والقناطر لم يفتقر الى قبول ، وان كان على آدمى معين ففى اشتراط القبول وجهان .

أحدهما اشتراطه لأنه تبرع لآدمى معين فكان من شرطه القبول كالهبة والوصية يحققه أن الوصية اذا كانت لآدمى معين وقفت على قبوله ، وإذا كانت لغير معين أو لمسجد أو نحوه لم تفتقر الى قبول . كذا ههنا

والوجه الثانى لا يشترط القبول لأنه أحد نوعى الوقف فلم يشترط له القبول

كالنوع الآخر ، ولأنه إزالة ملك يمنع البيع والهبة والميراث ، فلم يعتبر فيه القبول كالعتق : وبهذا فارق الهبة والوصية ، والفرق بينه وبين الهبة والوصية أن الوقف لا يختص المعين ، بل يتعلق به حق من يأتى من البطون فى المستقبل ، فيكون الوقف على جميعهم : إلا أنه مرتب فصار بمنزلة الوقف على الفقراء الذى لا يبطل برد واحد منهم ولا يقف على قبوله ، والوصية للمعين بخلافه . وهذا مذهب الشافعى .

فإذا قلنا لا يفتقر الى القبول لم يبطل برده ، وكان رده وقبوله وعدمهما واحد كالعتق ، وإن قلنا يفتقر الى القبول فرده من وقف عليه بطل فى حقه وصار كالوقف المنقطع الابتداء يخرج فى صحته فى حق من سواه ، وبطلانه وجهان بناء على تفريق الصفقة ، فإن قلنا بصحته فهل ينتقل فى الحال الى من بعده ، أو يصرف فى الحال الى مصرف الوقف المنقطع الى أن يموت الذى رده ، ثم ينتقل الى من بعده ؟ على وجهين ، وسنذكر ذلك فى الوقف المنقطع الابتداء إن شاء الله تعالى .

فصل

وينتقل الملك فى الموقوف إلى الموقوف عليهم فى ظاهر المذهب ، قال أحمد : إذا وقف داره على ولد أخيه صارت لهم . وهذا يدل على أنهم ملكوه

وروى عن أحمد أنه لا يملك ، فإن جماعة نقلوا عنه فيمن وقف على ورثته فى مرضه يجوز ، لأنه لا يباع ولا يورث ولا يصير ملكا للورثة . وإنما ينتفعون بغلتها . وهذا يدل بظاهره على أنهم لا يملكون ، ويحتمل أن يريد بقوله لا يملكون أى لا يملكون التصرف فى الرقبة . فإن فائدة الملك وآثاره ثابتة فى الوقف وعن الشافعى من الاختلاف نحو ما حكيناه . وقال أبو حنيفة : لا ينتقل الملك فى الوقف اللازم ، بل يكون حقاً لله تعالى لأنه إزالة ملك عن العين ، والمنفعة على وجه القربة بتمليك المنفعة . فانتقل الملك الى الله تعالى كالعتق

ولنا أنه سبب يزيل ملك الواقف وجد الى من يصح تمليكه على وجه لم يخرج المال عن ماليته فوجب أن ينقل الملك اليه كالهبة والبيع ، ولأنه لو كان تمليك المنفعة المجردة لم يلزم كالعارية والسكنى ولم يزل ملك الواقف عنه كالعاريه . ويفارق العتق فإنه أخرجه عن المالية ، وامتناع التصرف فى الرقبة لا يمنع الملك كأم الولد

(فصـــل)

وألفاظ الوقف ستة : ثلاثة صريحة وثلاثة كناية . فالصريحة وقفت وحبست وسبلت ، متى أتى بواحدة من هذه الثلاث صار وقفا من غير انضمام أمر زائد ، لأن هذه الألفاظ ثبت لها عرف الاستعمال بين الناس ، وانضم الى ذلك عرف الشرع بقول النبي صلى الله عليه وسلم لعمر «إن شئت حبست أصلها وسبلت ثمرتها» ، فصارت هذه الألفاظ في الوقف كلفظ التطليق في الطلاق

وأما الكناية : فهي تصدقت وحرمت وأبدت ، فليست صريحة ، لأن لفظة الصدقة والتحريم مشتركة ، فإن الصدقة تستعمل في الزكاة والهبات ، والتحريم يستعمل في الظهار والأيمان ويكون تحريما على نفسه وعلى غيره ، والتأبيد يحتمل تأبيد التحريم وتأبيد الوقف ، ولم يثبت لهذه الألفاظ عرف الاستعمال فلا يحصل الوقف بمجردها ككنايات الطلاق فيه ، فإن انضم اليها أحد ثلاثة أشياء حصل الوقف بها . أحدها أن ينضم اليها لفظة أخرى تخلصها من الألفاظ الخمسة فيقول: صدقة موقوفة أو محبسة أو مسبلة أو محرمة أو مؤبدة : أو يقول هذه محرمة موقوفة أو محبسة أو مسبلة أو مؤبدة . الثاني أن يصفها بصفات الوقف فيقول . صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث ، لأن هذه القرينة تزيل الاشتراك . الثالث أن ينوي الوقف فيكون على ما نوى إلا أن النية تجعله وقفا في الباطن دون الظاهر لعدم الاطلاع على ما في الضمير ، فإن اعترف بما نواه لزم في الحكم لظهوره ، وان قال ما أردت الوقف فالقول قوله لأنه أعلم بما نوى

(فصل) وظاهر مذهب أحمد أن الوقف يحصل بالفعل مع القرائن الدالة عليه مثل أن يبني مسجداً ويأذن للناس في الصلاة فيه ، أو مقبرة ويأذن في الدفن فيها أو سقاية ويأذن في دخولها ، فإنه قال في رواية أبي داود وأبي طالب فيمن دخل بيتا في المسجد وأذن فيه لم يرجع فيه ، وكذلك إذا اتخذ المقابر وأذن للناس والسقاية فليس له الرجوع . وهذا قول أبي حنيفة . وذكر القاضي فيه رواية أخرى أنه لا يصير وقفا الا بالقول ، وهذا مذهب الشافعي ، وأخذه القاضي من قول أحمد اذ سأله الاثرم عن رجل أحاط حائطا على أرض ليجعلها مقبرة ونوى بقلبه ثم بدا له العود فقال : ان كان جعلها لله فلا يرجع

وهذا لا ينافى الرواية الأولى فإنه أراد بقوله إن كان جعلها لله أى نوى بتحويطها جعلها لله فهذا تأكيد للرواية الأولى وزيادة عليها إذ منعه من الرجوع بمجرد التحويط مع النية وإن أراد بقوله جعلها لله أى اقترنت بفعله قرائن دالة على إرادة ذلك من إذنه للناس فى الدفن فيها فهى الرواية الأولى بعينها وإن أراد وقفا بلسانه فيدل بمفهومه على أن الوقف لا يحصل بمجرد التحويط والنية وهذا لاينافى الرواية الأولى لأنه فى الأولى انضم الى فعله إذنه للناس فى الدفن ولم يوجد ههنا فلا تنافى بينهما ثم لم يعلم مراده من هذه الاحتمالات فانتفت هذه الرواية وصار المذهب روايه واحدة والله أعلم ، واحتجوا بأن هذا تحبيس أصل على وجه القربة فوجب أن لا يصح بدون اللفظ كالوقف على الفقراء .

ولنا أن العرف جار بذلك وفيه دلالة على الوقف لجاز أن يثبت به كالقول وجرى مجرى من قدم الى ضيفه طعاما كان إذنا فى أكله ومن ملأ خابية ماء على الطريق كان تسبيلا له ومن نثر على الناس نثاراً كان إذنا فى التقاطه وأبيح أخذه وكذلك دخول الحمام واستعمال مائه من غير إذن مباح بدلالة الحال ، وقد قدمنا فى البيع أنه يصح بالمعاطاة من غـــير لفظ ، وكذلك الهبة والهدية لدلالة الحال ، فكذلك ههنا ، وأما الوقف على المساكين فلم تجر به عادة بغير لفظ ولو كان شىء جرت به العادة أو دلت الحال عليه كان كمسألتنا والله أعلم .

« مسألة » قال (ولا يجوز أن يرجع اليه شىء من منافعه)

وجملة ذلك : أن من وقف شيئاً وقفا صحيحا ، فقد صارت منافعه جميعها للموقوف عليه وزال عن الواقف ملكه وملك منافعه فلم يجز أن ينتفع بشىء منها إلا أن يكون قد وقف شيئا للمسلمين فيدخل فى جملتهم مثل أن يقف مسجداً فله أن يصلى فيه أو مقبرة فله الدفن فيها ، أو بئراً للمسلمين فله أن يستقى منها أو سقاية أو شيئا يعم المسلمين فيكون كأحدهم لا نعلم فى هذا كله خلافا ، وقد روى عن عثمان بن عفان رضى الله عنه ، أنه سبل بئر رومة وكان دلوه فيها كدلاء المسلمين

« مسألة » قال (إلا أن يشترط أن يأكل منه فيكون له مقدار ما يشترط)

وجملته : أن الواقف إذا اشترط فى الوقف أن ينفق منه على نفسه صح

الوقف والشرط ، نص عليه أحمد ، قال الأثرم قيل لأبي عبدالله يشترط فى الوقف أني أنفق على نفسي وأهلي منه . قال نعم ، واحتج قال : سمعت ابن عيينة عن ابن طاوس عن أبيه عن حجر المدري أن فى صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأكل منها أهله بالمعروف غير المنكر .

وقال القاضي : يصح الوقف رواية واحدة لأن أحمد نص عليها فى رواية جماعة وبذلك قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبو يوسف والزبير وابن شريح ، وقال مالك والشافعي ومحمد بن الحسن لا يصح الوقف ، لأنه إزالة الملك فلم يجز اشتراط نفعه لنفسه كالبيع والهبة . وكما لو أعتق عبداً بشرط أن يخدمه ولان ما ينفقه على نفسه مجهول ، فلم يصح اشتراطه كما لو باع شيئا واشترط أن ينتفع به :

ولنا الخبر الذي ذكره الإمام أحمد ، ولأن عمر رضي الله عنه لما وقف قال : ولا بأس على من وليها أن يأكل منها أو يطعم صديقا غير متمول فيه ، وكان الوقف فى يده الى أن مات ، ولانه إذا وقف وقفا عاما كالمساجد والسقايات والرباطات والمقابر كان له الانتفاع به فكذلك ههنا ، ولا فرق بين أن يشترط لنفسه الانتفاع به مدة حياته او مدة معلومة معينة ، وسواء قدر ما يأكل منه او اطلقه ، فإن عمر رضي الله عنه لم يقدر ما يأكل الوالي ويطعم إلا بقوله : بالمعروف ، وفى حديث صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم انه شرط ان يأكل اهله منها بالمعروف غير المنكر إلا انه إذا شرط ان ينتفع به مدة معينة فمات فيها فينبغي ان يكون ذلك لورثته كما لو باع داراً واشترط ان يسكنها سنة فمات فى اثنائها والله أعلم .

(فصل) وإن شرط ان يأكل اهله منه صح الوقف والشرط . لان النبي (ص) شرط ذلك فى صدقته ، وان اشترط ان يأكل من وليه منه ويطعم صديقا جاز لان عمر رضي الله عنه شرط ذلك فى صدقته التي استشار فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإن وليها الواقف كان له ان يأكل ويطعم صديقا لأن عمر ولي صدقته ، وان وليها احد من اهله ، كان له ذلك لأن حفصة بنت عمر كانت تلي صدقته بعد موته ثم وليها بعدها عبد الله بن عمر .

(فصل) وان شرط أن يبيعه متى شاء أو يهبه أو يرجع فيه ، لم يصح الشرط

ولا الوقف لا نعلم فيه خلافا ، لأنه ينافي مقتضى الوقف ، ويحتمل أن يفسد الشرط ويصح الوقف بناء على الشروط الفاسدة فى البيع . وإن شرط الخيار فى الوقف فسد ، نص عليه أحمد : وبه قال الشافعى ، وقال أبو يوسف فى رواية عنه يصح ، لأن الوقف تمليك المنافع لجاز شرط الخيار فيه كالإجارة .

ولنا أنه شرط ينافي مقتضى العقد فلم يصح ، كما لو شرط أن له بيعه متى شاء ، ولأنه إزالة ملك لله تعالى . فلم يصح اشتراط الخيار فيه كالعتق ، ولانه ليس بعقد معاوضة ، فلم يصح اشتراط الخيار فيه كالهبة ، ويفارق الإجارة فإنها عقد معاوضة وهى نوع من البيع . ولأن الخيار إذا دخل فى العقد منع ثبوت حكمه قبل انقضاء الخيار أو التصرف . وههنا لو ثبت الخيار لثبت مع ثبوت حكم الوقف ولم يمنع التصرف فافترقا .

(فصل) وان شرط فى الوقف أن يخرج من شاء من أهل الوقف ، ويدخل من شاء من غيرهم لم يصح ، لأنه شرط ينافي مقتضى الوقف فأفسده ، كما لو شرط أن لا ينتفع ، وإن شرط للناظر أن يعطى من يشاء من أهل الوقف ، ويحرم من يشاء جاز ، لأن ذلك ليس بإخراج للموقوف عليه من الوقف وانما علق استحقاق الوقف بصفة فكأنه جعل له حقا فى الوقف . اذا اتصف بإرادة الوالى لعطيته ولم يجعل له حقا اذا انتفت تلك الصفة فيه . فأشبه ما لو وقف على المشتغلين من ولده فإنه يستحق منهم من اشتغل به دون من لم يشتغل ، فلو ترك المشتغل الاشتغال زال الاستحقاق ، واذا عاد اليه عاد استحقاقه والله أعلم .

(فصل) اذا جعل علو داره مسجداً دون سفلها أو سفلها دون علوها صح ، وقال أبو حنيفة لا يصح ، لأن المسجد يتبعه هواءه .

ولنا أنه يصح بيعها كذلك يصح وقفه كالدار جميعها ، ولأنه تصرف يزيل الملك الى من يثبت له حق الاستقرار والتصرف لجاز فيما ذكرنا كالبيع .

(فصل) وان جعل وسط داره مسجداً ، ولم يذكر الاستطراق صح ، وقال أبو حنيفة : لا يصح حتى يذكر الاستطراق .

ولنا أنه عقد يبيح الانتفاع من ضرورته الاستطراق فصح ، وان لم يذكر الاستطراق كما لو أجر بيتا من داره .

(فصل) اذا وقف على نفسه ثم على المساكين أو على ولده ففيه روايتان .

احداهما : لا يصح ، فإنه قال فى رواية أبى طالب ، وقد سئل عن هذا فقال : لا أعرف الوقف الا ما أخرجه لله ، وفى سبيل الله ، فإذا وقفه عليه حتى يموت فلا أعرفه فعلى هذه الرواية يكون الوقف عليه باطلا : وهل يبطل الوقف على من بعده ؟ على وجهين : بناء على الوقف المنقطع الابتداء ، وهذا مذهب الشافعى لأن الوقف تمليك للرقبة والمنفعة .

ولا يجوز أن يملك الإنسان نفسه من نفسه كما لا يجوز أن يبيع نفسه مال نفسه ، ولأن الوقف على نفسه ، انما حاصله منع نفسه التصرف فى رقبة الملك فلم يصح ذلك كما لو أفرده بأن يقول لا أبيع هذا ولا أهبه ولا أورثه ، ونقل جماعة أن الوقف صحيح اختاره ابن أبى موسى : قال ابن عقيل وهى أصح ، وهو قول ابن أبى ليلى وابن شبرمة وأبى يوسف وابن شريح لما ذكرنا فيما اذا اشترط أن يرجع اليه شيء من منافعه ، ولأنه يصح أن يقف وقفا عاما فينتفع به كذلك اذا خص نفسه بانتفاعه والأول أقيس .

« مسألة » قال (والباقى على من وقف عليه وأولاده الذكور والإناث من أولاد البنين بينهم بالسوية الا أن يكون الواقف فضل بعضهم)

فى هذه المسألة فصول أربعة :

الأول : أنه اذا وقف على قوم وأولادهم وعقبهم ونسلهم ، كان الوقف بين القوم وأولادهم ؛ ومن حدث من نسلهم على سبيل الاشتراك ان لم تقترن به قرينة تقتضى ترتيبا ، لأن الواو تقتضى الاشتراك ، فإذا اجتمعوا اشتركوا ولم يقدم بعضهم على بعض ، ويشارك الآخر الأول ، وان كان من البطن العاشر ؛ واذا حدث حمل لم يشارك حتى ينفصل لأنه يحتمل أن لا يكون حملا فلا يثبت له حكم الولد قبل انفصاله .

(فصل) فإن قال : وقفت على أولادى ثم على المساكين ، أو قال : على ولدى ثم على المساكين ، أو على ولد فلان ، ثم على المساكين ، فقد روى عن أحمد :

مايدل على أنه يكون وقفا على أولاده وأولاد أولاده من الاولاد البنين مالم تكن قرينة تصرف عن ذلك ، قال المروذى : قلت لأبى عبد الله ما تقول فى رجل وقف ضيعة على ولده فمات الأولاد ، وتركوا النسوة حوامل ؟ فقال كل ما كان من أولاد الذكور بنات كن أو بنين ، فالضيعة موقوفة عليهم ، وما كان من أولاد البنات فليس لهم فيه شيء ، لأنهم من رجل آخر .

وقال أيضا فيمن وقف على ولد على بن اسماعيل ، ولم يقل إن مات ولد على ابن إسماعيل دفع الى ولد ولده ، فمات ولد على بن اسماعيل . دفع إلى ولده أيضا لأن هذا من ولد على بن إسماعيل .

ووجه ذلك أن الله تعالى قال (يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) فدخل فيه ولد البنين وان سفلوا . ولما قال (ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد) فتناول ولد البنين . وكذلك كل موضع ذكر الله تعالى الولد دخل فيه ولد البنين ، فالمطلق من كلام الآدمى إذا خلا عن قرينة ينبغى أن يحمل على المطلق من كلام الله تعالى ويفسر بما يفسر به . ولأن ولد ولده ولد له بدليل قول الله تعالى (يا بنى آدم — و — ويا بنى إسرائيل) وقال النبى (ص) « ارموا بنى إسماعيل ، فإن أباكم كان راميا . وقال « نحن بنو النضر بن كنانة » والقبائل كلها تنسب إلى جدودها . ولأنه لو وقف على ولد فلان وهم قبيلة دخل فيه ولد البنين فكذلك إذا لم يكونوا قبيلة .

وقال القاضى وأصحابه : لا يدخل فيه ولد الولد بحال سواء فى ذلك ولد البنين وولد البنات لأن الولد حقيقة وعرفا إنما هو ولده لصلبه ، وإنما يسمى ولد الولد ولداً مجازاً ولهذا يصح نفيه فيقال : ما هذا ولدى انما هو ولد ولدى ، وان قال على ولدى لصلبى فهو آكد ، وان قال على ولدى وولد ولدى ثم على المساكين دخل فيه البطن الأول والثانى ولم يدخل فيه البطن الثالث .

وان قال على ولدى وولد ولدى وولد ولد ولدى دخل فيه ثلاث بطون دون من بعدهم وموضع الخلاف المطلق ، فأما مع وجود دلالة تصرف الى أحد المحملين فإنه يصرف اليه بغير خلاف مثل أن يقول على ولد فلان وهم قبيلة ليس فيهم ولد من صلبه فإنه يصرف الى أولاد الأولاد بغير خلاف .

وكذلك إن قال على أولادى أو ولدى وليس له ولد من صلبه أو قال ويفضل ولد الأكبر أو الأعلم على غيرهم أو قال فإذا خلت الأرض من عقبي عاد إلى المساكين أو قال على ولدى غير ولد البنات أو غير ولد فلان أو قال يفضل البطن الأعلى على الثانى أو قال الأعلى فالأعلى وأشباه ذلك فهذا يصرف لفظه إلى جميع نسله وعاقبته ، وإن اقترنت به قرينة تقتضى تخصيص أولاده لصلبه بالوقف مثل أن يقول على ولدى لصلبى أو الذين يلوننى ونحو هذا فإنه يختص بالبطن الأول دون غيرهم .

وإذا قلنا بالتعميم فيهم إما للقرينة وإما لقولنا بأن المطلق يقتضى التعميم ولم يكن فى لفظه ما يقتضى تشريكا ولا ترتيباً . واحتمل أن يكون بينهم كلهم على التشريك لأنهم دخلوا فى اللفظ دخولا واحداً فوجب أن يكون بينهم مشتركا كما لو أقر لهم بدين ويحتمل أن يكون على الترتيب على حسب الترتيب فى الميراث وهذا ظاهر كلام أحمد لقوله فيمن وقف على ولد على بن إسماعيل ولم يقل إن مات ولد على بن إسماعيل دفع إلى ولد ولده فمات ولد على بن اسماعيل وترك ولداً فقال ان مات بعض ولد على بن اسماعيل دفع الى ولده أيضا لأن هذا من ولد على بن اسماعيل لجعله لولد من مات من ولد على بن اسماعيل عند موت أبيه وذلك أن ولد البنين لما دخلوا فى قول الله تعالى (يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) ولم يستحق ولد البنين شيئا مع وجود آبائهم واستحقوا عند فقدهم كذا ههنا ، فأما ان وصى لولد فلان وهم قبيلة فلا ترتيب فيه ويستحق الأعلى والأسفل على كل حال .

(فصل) وان رتب فقال : وقفت هذا على ولدى وولد ولدى ما تناسلوا وتعاقبوا الأعلى فالأعلى أو الأقرب فالأقرب أو الأول فالأول أو البطن الأول ثم البطن الثانى أو على أولادى ثم على أولاد أولادى أو على أولادى فإن انقرضوا فعلى أولاد أولادى فكل هذا على الترتيب فيكون على ما شرط ولا يستحق البطن الثانى شيئا حتى ينقرض البطن كله ولو بقى واحد من البطن الأول كان الجميع له لأن الوقف ثبت بقوله فيتبع فيه مقتضى كلامه ، وان قال على أولادى وأولادهم ما تعاقبوا وتناسلوا على أنه من مات منهم عن ولد كان ما كان جاريا عليه جاريا

على ولده كان ذلك دليلا على الترتيب لأنه لو اقتضى التشريك لاقتضى التسوية ، ولو جعلنا لولد الولد سهما مثل سهم أبيه ثم دفعنا اليه سهم أبيه صار له سهمان ولغيره سهم وهذا ينافي التسوية ، ولأنه يفضي الى تفضيل ولد الإبن على الإبن والظاهر من ارادة الواقف خلاف هذا .

فإذا ثبت الترتيب فإنه يترتب بين كل والد وولده فاذا مات عن ولد انتقل الى ولده سهمه سواء بقي من البطن الأول أحد أو لم يبق .

(فصــل) وان رتب بعضهم دون بعض فقال وقفت على ولدي وولد ولدي ثم على أولادهم أو على أولادي ثم على أولاد أولادي وأولادهم ما تناسلوا وتعاقبوا ، أو قال على أولادي وأولاد أولادي ثم على أولادهم وأولاد أولادهم ما تناسلوا فهو على ما قال يشترك من شرك بينهم بالواو المقتضية للجمع والتشريك وترتيب من رتبه بحرف الترتيب ، ففي المسألة الأولى يشترك الولد وولد الولد ثم اذا انقرضوا صار لمن بعدهم ، وفي الثانية يختص به الولد فاذا انقرضوا صار مشتركا بين من بعدهم ، وفي الثالثة يشترك فيه البطنان الأولان دون غيرهم فاذا انقرضوا اشترك فيه من بعدهم .

(فصــل)

وان قال وقفت على أولادي ثم على أولاد أولادي على أنه من مات من أولادي عن ولد فنصيبه لولده أو فنصيبه لإخوته أو لولد ولده أو لولد أخيه أو لأخواته أو لولد أخواته فهو على ما شرطه ، وان قال من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده ومن مات منهم عن غير ولد فنصيبه لأهل الوقف وكان له ثلاثة بنين فمات أحدهم عن ابنين انتقل نصيبه اليهما ثم مات الثاني عن غير ولد فنصيبه لأهل الوقف وكان له ثلاثة بنين فمات أحدهم عن ابنين انتقل نصيبه اليهما ثم مات الثاني عن غير ولد فنصيبه لأخيه وابني أخيه بالسوية لأنهم أهل الوقف ، ثم ان مات أحد ابني الابن عن غير ولد انتقل نصيبه الى أخيه وعمه لأنهما أهل الوقف ، ولو مات أحد البنين الثلاثة عن غير ولد وخلف أخويه وابني أخ له فنصيبه لأخويه دون ابني أخيه لأنهما ليسا من أهل الوقف مادام أبوهما حيا فاذا مات أبوهما صار نصيبه لهما فاذا مات الثالث كان نصيبه لابني أخيه بالسوية ان لم

يخلف ولداً وان خلف ابناواحداً فله نصيب أبيه وهو النصف ولابني عمه النصف لكل واحد الربع . وان قال من مات منهم من غير ولد كان ما كان جاريا عليه جاريا على من هو فى درجته فان كان الواقف مرتبا بطنا بعد بطن كان نصيب الميت عن غير ولد لأهل البطن الذي هو منه ، وان كان مشتركا بين البطون كلها احتمل أن يكون نصيبه بين أهل الوقف كلهم لأنهم فى استحقاق الوقف سواء فكانوا فى درجته من هذه الجهة ولاننا لو صرفنا نصيبه الى بعضهم أفضى الى تفضيل بعضهم والتشريك يقتضى التسوية .

فعلى هذا يكون وجود هذا الشرط كعدمه لانه لو سكت عنه كان الحكم فيه كذلك ويحتمل أن يعود نصيبه الى سائر أهل البطن الذى هو منه لأنهم فى درجته فى القرب الى الجد الذى يجمعهم ويستوى فى ذلك اخوته وبنو عمه وبنو بنى عم أبيه لانهم سواء فى القرب . ولاننا لو شركنا بين أهل الوقف كلهم فى نصيبه لم يكن فى هذا الشرط فائدة ، والظاهر أنه قصد شيئا يفيد : فعلى هذا ان لم يكن فى درجته أحد بطل هذا الشرط وكان الحكم فيه كما لو لم يذكره وان كان الوقف على البطن الاول على أنه من مات منهم عن ولد انتقل نصيبه الى ولده ، ومن مات عن غير ولد انتقل نصيبه الى من فى درجته ففيه ثلاثة أوجه .

أحدها : أن يكون نصيبه بين أهل الوقف كلهم يتساوون فيه سواء كان من بطن واحد أو من بطون وسواء تساوت أنصباؤهم فى الوقف أو اختلفت لما ذكرنا من قبل .

والثانى : أن يكون لأهل بطنه سواء كانوا من أهل الوقف أو لم يكونوا مثل أن يكون البطن الاول ثلاثة فمات أحدهم عن ابن ثم مات الثانى عن ابنين فمات أحد الابنين وترك أخاه وعمه وابن عمه وابنا لعمه الحى فيكون نصيبه بين أخيه وابنى عمه .

والثالث : أن يكون لأهل بطنه من أهل الوقف فيكون نصيبه على هذا لأخيه وابن عمه الذى مات أبوه ، فان كان فى درجته فى النسب من ليس من أهل الاستحقاق بحال كرجل له أربعة بنين وقف على ثلاثة منهم على هذا الوجه المذكور

وترك الرابع فمات أحد الثلاثة عن غير ولد لم يكن للرابع فيه شيء لأنه ليس من أهل الاستحقاق فأشبه ابن عمهم .

(فصل) وإن وقف على بنيه وهم ثلاثة على أن من مات من فلان وفلان وأولادهم عن ولد فنصيبه لولده وإن مات فلان فنصيبه لأهل الوقف فهو على ما شرط ، وكذلك ان كان له بنون وبنات فقال من مات من الذكور فنصيبه لولده ومن مات من البنات فنصيبها لأهل الوقف فهو على ما قال ، وإن قال على أولادي على أن يصرف إلى البنات منه ألف والباقي للبنين لم يستحق البنون شيئاً حتى تستوفي البنات الألف لأنه جعل للبنات مسمى وجعل للبنين الفاضل عنه فكان الحكم فيه على ما قال فجعل البنات كذوي الفروض الذين سمى الله لهم فرضا وجعل البنين كالعصبات الذين لا يستحقون الا ما فضل عن ذوي الفروض .

(فصـــل)

فإن كان له ثلاثة بنين فقال وقفت على ولدي فلان وفلان وعلى ولد ولدي كان الوقف على الابنين المسميين وعلى أولادهما وأولاد الثالث وليس للثالث شيء ، وقال القاضي : يدخل الثالث في الوقف وذكر أن أحمد قال في رجل قال وقفت هذه الضيعة على ولدي فلان وفلان وعلى ولد ولدي وله ولد غير هؤلاء قال يشتركون في الوقف . واحتج القاضي بأن قوله ولدي يستغرق الجنس فيعم الجميع وقوله فلان وفلان تأكيد لبعضهم فلا يوجب إخراج بقيتهم كالعطف في قوله (من كان عدواً لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال) .

ولنا أنه أبدل بعض الولد من اللفظ المتناول للجميع فاختص بالبعض المبدل كما لو قال على ولدي فلان وذلك لأن بدل البعض يوجب اختصاص الحكم به كقول الله تعالى (ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا) لما خص المستطيع بالذكر اختص الوجوب به ولو قال ضربت زيداً رأسه ورأيت زيداً وجهه اختص الضرب بالرأس والرؤية بالوجه ومنه قول الله تعالى (ويجعل الخبيث بعضه على بعض) وقول القائل طرحت الثياب بعضها فوق بعض فإن الفوقية تختص بالبعض مع عموم اللفظ الاول كذا هينا ، وفارق العطف فإن عطف الخاص

على العام يقتضى تأكيده لا تخصيصه وقول أحمد هم شركاء يحتمل أن يعود إلى أولاد أولاده أى يشترك أولاد الموقوف عليهما وأولاد غيرهم لعموم لفظ الواقف فيهم ويتعين حمل كلامه عليه لقيام الدليل عليه ، ولو قال على ولدى فلان وفلان ثم على المساكين خرج فيه من الخلاف مثل ما ذكرنا ويحتمل أن يدخل فى الوقف ولد ولده لاننا قد ذكرنا من قبل أن ظاهر كلام أحمد أن قوله وقفت على ولدى يتناول نسله وعاقبته كلها .

(فصل)

ومن وقف على أولاده أو أولاد غيره وفيهم حمل لم يستحق شيئا قبل انفصاله لانه لم تثبت له أحكام الدنيا قبل انفصاله ، قال أحمد فى رواية جعفر ابن محمد فيمن وقف نخلا على قوم وما توالدوا ثم ولد مولود فإن كانت النخل قد أبرت فليس له فيه شيء وهو للأول وان لم تكن قد أبرت فهو معهم وانما قال ذلك لانها قبل التأبير تتبع الاصل فى البيع وهذا الموجود يستحق نصيبه من الاصل فيتبعه حصته من الثمرة كما لو اشترى ذلك النصيب من الاصل وبعد التأبير لا تتبع الاصل ويستحقها من كان له الاصل فكانت للأول لان الاصل كان كله له فاستحق ثمرته كما لو باع هذا النصيب منها ولم يستحق المولود منها شيئا كالمشترى وهكذا الحكم فى سائر ثمر الشجر الظاهر فإن المولود لا يستحق منه شيئا ويستحق مما ظهر بعد ولادته ، وان كان الوقف أرضا فيها زرع يستحقه البائع فهو للأول وان كان مما يستحقه المشترى فللمولود حصته منه لان المولود يتجدد استحقاقه للأصل كتجدد ملك المشترى فيه .

(الفصل الثانى) اذا وقف على قوم وأولادهم وعاقبتهم ونسلهم دخل فى الوقف ولد البنين بغير خلاف نعلمه فأما ولد البنات فقال الخرقى لا يدخلون فيه وقد قال أحمد فيمن وقف على ولده ما كان من ولد البنات فليس لهم فيه شيء فهذا النص يحتمل أن يعدى الى هذه المسألة ويحتمل أن يكون مقصوراً على من وقف على ولده ولم يذكر ولد ولده وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم . وممن قال لا يدخل ولد البنات فى الوقف الذى على أولاده وأولاد أولاده مالك ومحمد بن الحسن وهكذا اذا قال على ذريتهم ونسلهم .

قال أبو بكر وعبد الله بن حامد : يدخل فيه ولد البنات ، وهو مذهب الشافعي وأبي يوسف ، لأن البنات أولاده فأولادهن أولاد حقيقة ، فيجب أن يدخلوا في الوقف لتناول اللفظ لهم

وقد دل على صحة هذا قول الله تعالى (ونوحا هدينا من قبل ومن ذريته داود وسليمان - الى قوله - وعيسى) وهو من ولد بنته فجعله من ذريته

وكذلك ذكر الله تعالى قصة عيسى وابراهيم وموسى واسماعيل وادريس ، ثم قال (أولئك الذين أنعم الله عليهم من النبيين من ذرية آدم وممن حملنا مع نوح ومن ذرية ابراهيم واسرائيل) وعيسى معهم . وقال النبي صلى الله عليه وسلم للحسن « إن ابني هذا سيد » وهو ولد بنته ولما قال الله تعالى (وحلائل أبنائكم دخل في التحريم حلائل أبناء البنات ولما حرم الله تعالى البنات دخل في التحريم بناتهن .

ووجه قول الخرقي أن الله تعالى قال (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) فدخل فيه ولد البنين دون ولد البنات . وهكذا كل موضع ذكر فيه الولد في الارث والحجب دخل فيه ولد البنين دون ولد البنات ولانه لو وقف على ولد رجل وقد صاروا قبيلة دخل فيه ولد البنين دون ولد البنات بالاتفاق . وكذلك قبل أن يصيروا قبيلة ولانه لو وقف على ولد العباس في عصرنا لم يدخل فيه ولد بناته فكذلك إذا وقف عليهم في حياته ولان ولد البنات منسوبون إلى آبائهم دون أمهاتهم ، قال الشاعر :

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا ... بنوهن أبناء الرجال الاباعد

وقولهم إنهم أولاد أولاد حقيقة ، قلنا الا انهم لا ينسبون الى الواقف عرفا ولذلك لو قال أولاد أولادي المنتسبين الي لم يدخل هؤلاء في الوقف ، ولان ولد الهاشمية من غير الهاشمي ليس بهاشمي ولا ينسب الى أبيها

وأما عيسى عليه السلام فلم يكن له أب ينسب اليه فنسب الى أمه لعدم أبيه ، ولذلك يقال عيسى بن مريم ، وغيره إنما ينسب الى أبيه كيحيي بن زكريا . وقول النبي صلى الله عليه وسلم « ان ابني هذا سيد » تجوز بغير خلاف ، بدليل قول الله تعالى (ما كان محمد أبا أحد من رجالكم) وهذا الخلاف فيما اذا لم يوجد ما يدل

على تعيين أحد الامرين ، فأما ان وجد ما يصرف اللفظ الى أحدهما انصرف اليه ولو قال على أولادى وأولاد أولادى على أن لولد البنات سهماً ولولد البنين سهمين ، أو فإذا خلت الارض ممن يرجع نسبه الى من قبل أب أو أم كان للمساكين أو كان البطن الاول من أولاده الموقوف عليهم كلهم بنات ، وأشباه هذا مما يدل على إرادة ولد البنات بالوقف دخلوا فى الوقف

وإن قال على أولادى وأولاد أولادى المنتسبين إلى أو غير ذوى الارحام أو نحو ذلك لم يدخل فيه ولد البنات

وإن قال على ولدى فلان وفلانة وفلانة وأولادهم دخل فيه ولد البنات ، وكذلك لو قال على أنه من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده . وان قال الهاشمى : وقفت على أولادى وأولاد أولادى الهاشميين لم يدخل فى الوقف من أولاد بناته من كان غير هاشمى . فأما من كان هاشمياً من غير أولاد بنيه فهل يدخلون ؟ على وجهين :

أولاهما : انهم يدخلون لانهم اجتمع فيهم الصفتان جميعا ، كونهم من أولاد أولاده وكونهم هاشميين . والثانى لايدخلون لانهم لم يدخلوا فى مطلق أولاد أولاده ، فاشبه ما لو لم يقل الهاشميين ، وان قال على أولادى وأولاد أولادى ممن ينسب الى قبيلتى فكذلك

(الفصل الثالث) أنه اذا وقف على أولاد رجل وأولاد أولاده استوى فيه الذكر والانثى لانه تشريك بينهم ، واطلاق التشريك يقتضى التسوية كما لو أقر لهم بشىء ، وكولد الام فى الميراث حين شرك الله تعالى بينهم فيه فقال (فهم شركاء فى الثلث) تساووا فيه ولم يفضل بعضهم على بعض ، وليس كذلك فى ميراث ولد الابوين وولد الاب ، فإن الله تعالى قال (فإن كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) ولا أعلم فى هذا خلافا

(الفصل الرابع) أنه اذا فضل بعضهم على بعض فهو على ما قال ، فلو قال وقفت على أولادى وأولاد أولادى على أن للذكر سهمين وللأنثى سهما أو للذكر مثل حظ الانثيين أو على حسب ميراثهم أو على حسب فرائضهم أو بالعكس من

هذا أو على أن للكبير ضعف ما للصغير أو للعالم ضعف ما للجاهل أو للعائل ضعف ما للغني أو عكس ذلك أو عين بالتفضيل واحدا معينا أو ولده أو ما أشبه هذا فهو على ما قال ، لان ابتداء الوقف مفوض اليه فكذلك تفضيله وترتيبه ، وكذلك ان شرط اخراج بعضهم بصفه ورده بصفة، مثل أن يقول من تزوج منهم فله ومن فارق فلا شيء له أو عكس ذلك ، أو من حفظ القرآن فله ومن نسيه فلا شيء له ، ومن اشتغل بالعلم فله ومن ترك فلا شيء له ، أو من كان على مذهب كذا فله ومن خرج منه فلا شيء له ، فكل هذا صحيح على ما شرط

وقد روى هشام بن عروة أن الزبير جعل دوره صدقة على بنيه لا تباع ولا توهب وان للمردودة من بناته ان تسكن غير مضرة ولا مضر بها ، فإن استغنت بزوج فلا حق لها في الوقف ، وليس هذا تعليقا للوقف بصفة بل الوقف مطلق والاستحقاق له بصفة ، وكل هذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافا

(فصل)

والمستحب أن يقسم الوقف على أولاده على حسب قسمة الله تعالى الميراث بينهم للذكر مثل حظ الانثيين . وقال القاضي : المستحب التسويه بين الذكر والانثى ، لان القصد القربة على وجه الدوام ، وقد استووا في القرابة

ولنا انه ايصال للمال اليهم فينبغي ان يكون بينهم على حسب الميراث كالعطية ولان الذكر في مظنة الحاجة أكثر من الانثى ، لأن كل واحد منهما في العادة يتزوج ويكون له الولد ، فالذكر تجب عليه نفقة امرأته وأولاده ، والمرأة ينفق عليها زوجها ولا يلزمها نفقة أولادها ، وقد فضل الله الذكر على الانثى في الميراث على وفق هذا المعنى ، فيصح تعليله به ويتعدى الى الوقف والى غيره من العطايا والصلات ، وما ذكره القاضي لا أصل له ، وهو ملغى بالميراث والعطية ، فإن خالف فسوى بين الذكر والانثى أو فضلها عليه أو فضل بعض البنين أو بعض البنات على بعض أو خص بعضهم بالوقف دون بعض ، فقال احمد في رواية محمد بن الحكم : ان كان على طريق الاثرة فأكرهه وان كان على ان بعضهم له عيال وبه حاجة ، يعني فلا بأس به

ووجه ذلك ان الزبير خص المردودة من بناته دون المستغنية منهن بصدقته ،

وعلى قياس قول أحمد لو خص المشتغلين بالعلم من أولاده بوقفه تحريضا لهم على طلب العلم أو ذا الدين دون الفساق ، أو المريض أو من له فضل من أجل فضيلته فلا بأس . وقد دل على صحة هذا أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه نحل عائشة جذاذ عشرين وسقا دون سائر ولده

وحديث عمر أنه كتب : بسم الله الرحمن الرحيم ، هذا ما أوصى به عبد الله أمير المؤمنين ان حدث به حدث أن ثمغا وصرمة بن الأكوع والعبد الذى فيه والمائة سهم التى بخيبر ورقيقه الذى فيه الذى أطعمه محمد صلى الله عليه وسلم بالواد تليه حفصة ما عاشت ، ثم يليه ذو الرأى من أهلها أن لا يباع ولا يشترى . ينفقه حيث رأى من السائل والمحروم وذوى القربى لا حرج على من وليه ان أكل أو آكل أو اشترى رقيقا منه . رواه ابو داود ، وفيه دليل على تخصيص حفصة دون إخوتها وأخواتها

« مسأله » قال (فإذا لم يبق منهم أحد رجع الى المساكين)

يعنى اذا وقف على قوم ونسلهم ثم على المساكين فانقرض القوم ونسلهم فلم يبق منهم أحد رجع الى المساكين ولم ينتقل اليهم ما دام أحد من القوم أو من نسلهم باقيا ، لأنه رتبه للمساكين بعدهم ، والمساكين الذين يستحقون السهم من الزكاة والفقراء يدخلون فيهم . وكذلك لفظ الفقراء يدخل فيه المساكين لأن كل واحد من اللفظين يطلق عليهما : والمعنى الذى يسميان به شامل لهما : وهو الحاجة والفاقة ، ولهذا لما سمى الله عز وجل المساكين فى مصرف كفارة اليمين وكفارة الظهار وفدية الأذى تناولهما جميعاً وجاز الصرف إلى كل واحد منهما ، ولما ذكر الفقراء فى قوله (للفقراء الذين أحصروا فى سبيل الله) وفى قوله (وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم) تناول القسمين ، وكل موضع ذكر فيه أحد اللفظين تناول القسمين الا فى الصدقات ، لأن الله تعالى جمع بين الإسمين وميز بين المسميين فاحتجنا الى التمييز بينهما . وفى غير الصدقات يستحق الكل بكل واحد من الإسمين فإن جمع بين الإسمين بالوقف أيضا فقال : وقفت هذا على الفقراء والمساكين نصفين أو ثلاثا وجب التمييز بينهما أيضا فنزلناهما منزلتهما من سهام الصدقات ،

وإن قال على الفقراء والمساكين فقياس المذهب جواز الاقتصار على أحد الصنفين وإباحة الدفع الى واحد كما قلنا فى الزكاة ، ويتخرج أن لا يجوز الدفع الى أقل من ثلاثة من كل صنف بناء على القول فى الزكاة أيضا ، ولا خلاف فى أنه لا يجب تعميمهم بالعطية ، كما لا يجب استيعابهم بالزكاة ولا فى أنه يجوز التفضيل بين من يعطيه منهم ، سواء كانوا ذكورا أو إناثا أو كان الوقف ابتداء أو انتقل اليهم عن غيرهم ، وضابط هذا أنه متى كان الوقف على من يمكن حصرهم واستيعابهم والتسوية بينهم وجب استيعابهم والتسوية بينهم إذا لم يفضل الواقف بعضهم على بعض ، فإن وقف على من لا يمكن حصرهم كالمساكين أو قبيلة كبيرة كبنى تميم وبنى هاشم جاز الدفع الى واحد والى أكثر منه ، وجاز التفضيل والتسوية ، لأن وقفه عليهم مع علمه بتعذر استيعابهم دليل على أنه لم يرده ، ومن جاز حرمانه جاز تفضيل غيره عليه ، فإن كان الوقف فى ابتدائه على من يمكن استيعابه فصار ممن لا يمكن استيعابه ، كرجل وقف على ولده وولد ولده فصاروا قبيلة كبيرة تخرج عن الحصر ، مثل أن يقف على رضى الله عنه على ولده ونسله فإنه يجب تعميم من أمكن منهم والتسوية بينهم ، لأن التعميم كان واجبا وكذلك التسوية : فإذا تعذر وجب منه ما أمكن ، كالواجب الذى يعجز عن بعضه ، ولأن الواقف أراد التعميم والتسوية لإمكانه وصلاح لفظه لذلك فيجب العمل بما أمكن منه بخلاف ما اذا كانوا حال الوقف مما لا يمكن ذلك فيهم

(فصل)

وان وقف على سبيل الله أو ابن السبيل أو الرقاب أو الغارمين ، فهم الذين يستحقون السهم من الصدقات لا يعدوهم الى غيرهم ، لأن المطلق من كلام الآدميين محمول على المعهود فى الشرع فينظر من كان يستحق السهم من الصدقات فالوقف مصروف اليه ، وشرحهم يأتى فى موضعه ان شاء الله تعالى

وإن وقف على الاصناف الثمانية الذين يأخذون الصدقات صرف اليهم ويعطى كل واحد منهم من الوقف مثل القدر الذى يعطى من الزكاة لا يزاد على ذلك ، فيعطى الفقير والمسكين ما يتم به غناؤه والغارم قدر ما يقضى غرمه والمكاتب قدر ما يؤدى به كتابته ، وابن السبيل ما يبلغه ، والغازى ما يحتاج اليه لغزوه

وإن كان غنيا ، واختلف في قدر ما يحصل به الغنى . فقال أحمد فى رواية علي بن سعيد فى الرجل يعطى من الوقف خمسين درهما فقال إن كان الواقف ذكر فى كتابه المساكين فهو مثل الزكاة ، وان كان متطوعا أعطى ما شاء وكيف شاء فقد نص أحمد على إلحاقه بالزكاة فيكون الخلاف فيه كالخلاف فى الزكاة والله أعلم . وان وقف على جميع الأصناف أو على صنفين أو أكثر فهل يجوز الاقتصار على صنف واحد أو يجب إعطاء بعض كل صنف من الموقوف عليه ؟ على وجهين بناء على الزكاة .

فصل

وإذا وقف على سبيل الله وسبيل الثواب وسبيل الخير فسبيل الله هو الغزو والجهاد فى سبيل الله فيصرف ثلث الوقف الى من يصرف اليهم السهم من الزكاة وهم الغزاة الذين لا حق لهم فى الديوان ، وان كانوا أغنياء ، وسائر الوقف يصرف الى كل ما فيه أجر ومثوبة وخير لأن اللفظ عام فى ذلك ، وقال أصحابنا يجزأ الوقف ثلاثة أجزاء فجزء يصرف الى الغزاة وجزء يصرف إلى أقرب الناس اليه من الفقراء لانهم أكثر الجهات ثوابا فإن النبي (ص قال « صدقتك على ذى القرابة صدقة وصلة » والثالث يصرف إلى من يأخذ الزكاة لحاجته وهم خمسة أصناف : الفقراء والمساكين والرقاب والغارمون لمصلحتهم وابن السبيل لأن هؤلاء أهل حاجة منصوص عليهم فى القرآن فكان من نص الله تعالى عليه فى كتابه أولى من غيره ، وان ساواه فى الحاجة وهذا مذهب الشافعى .

ولنا أن لفظه عام فلا يجب التخصيص بالبعض لكونه أولى كالفقراء والمساكين فى الزكاة لا يجب تخصيص أقاربه منهم بها ، وان كانوا أولى ، وكذلك سائر الالفاظ العامة ، وان أوصى فى أبواب البر صرف فى كل ما فيه بر وقربة ؛ وقال أصحابنا يصرف فى أربعة جهات : أقاربه غير الوارثين والمساكين والجهاد والحج ، قال أبو الخطاب وعنه فداء الاسراء مكان الحج ، ووجه القولين ما تقدم فى التى قبلها .

« مسألة » قال ﴿ فإن لم يجعل آخره للمساكين ولم يبق ممن وقف عليه أحد رجع الى ورثة الواقف فى إحدى الروايتين عن أبى عبد الله رحمه الله ، والرواية الآخرى يكون وقفا على أقرب عصبة الواقف ﴾

وجملة ذلك : أن الوقف الذى لا اختلاف فى صحته ما كان معلوم الابتداء والانتهاء غير منقطع مثل أن يجعل على المساكين أو طائفة لا يجوز بحكم العادة انقراضهم ، وان كان غير معلوم الانتهاء مثل أن يقف على قوم يجوز انقراضهم بحكم العادة ولم يجعل آخره للمساكين ولا لجهة غير منقطعة فإن الوقف يصح ، وبه قال مالك وأبو يوسف والشافعى فى أحد قوليه ، وقال محمد بن الحسن لا يصح وهو القول الثانى للشافعى لأن الوقف مقتضاه التأبيد فإذا كان منقطعا صار وقفا على مجهول فلم يصح كما لو وقف على مجهول فى الابتداء .

ولنا أنه تصرف معلوم المصرف ، فصح كما لو صرح بمصرفه المتصل ولأن الاطلاق إذا كان له عرف حمل عليه كنقد البلد وعرف المصرف ، وههنا هم أولى الجهات به فكأنه عينهم .

إذا ثبت هذا فإنه ينصرف عند انقراض الموقوف عليهم الى أقارب الواقف وبه قال الشافعى ، وعن أحمد رواية أخرى أنه ينصرف الى المساكين واختاره القاضى والشريف أبو جعفر لأنه مصرف الصدقات وحقوق الله تعالى من الكفارات ونحوها : فإذا وجدت صدقة غير معينة المصرف انصرفت اليهم كما لو نذر صدقة مطلقة ، وعن أحمد رواية ثالثة أنه يجعل فى بيت مال المسلمين لانه مال لامستحق له فأشبه مال من لا وارث له .

وقال أبو يوسف يرجع الى الواقف وإلى ورثته إلا أن يقول صدقة موقوفة ينفق منها على فلان وعلى فلان فاذا انقرض المسمى كانت للفقراء والمساكين لانه جعلها صدقة على مسمى فلا تكون على غيره ويفارق ما اذا قال ينفق منها على فلان وفلان فانه جعل الصدقة مطلقة .

ولنا أنه أزال ملكه لله تعالى فلم يجز أن يرجع اليه كما لو أعتق عبداً ، والدليل على صرفه الى أقارب الواقف أنهم أولى الناس بصدقته بدليل قول النبى (ص)

« صدقتك على غير رحمك صدقة وصدقتك على رحمك صدقه وصلة » وقال « انك ان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » ولأن فيه اغناؤهم وصلة أرحامهم لأنهم أولى الناس بصدقاته النوافل والمفروضات كذلك صدقته المنقولة .

اذا ثبت هذا فانه فى ظاهر كلام الخرقى وظاهر كلام أحمد يكون للفقراء منهم والاغنياء لأن الوقف لا يختص الفقراء ولو وقف على أولاده تناول الفقراء والاغنياء كذا ههنا وفيه وجه آخر أنه يختص الفقراء منهم لأنهم أهل الصدقات دون الأغنياء ولأنا خصصناهم بالوقف لكونهم أولى الناس بالصدقة وأولى الناس بالصدقة الفقراء دون الأغنياء ، واختلفت الرواية فيمن يستحق الوقف من أقرباء الواقف ففى احدى الروايتين يرجع الى الورثة منهم لأنهم الذين صرف الله تعالى اليهم ماله بعد موته واستغنائه عنه فكذلك يصرف اليهم من صدقته مالم يذكر له مصرفا ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « انك ان تترك ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » فعلى هذا يكون بينهم على حسب ميراثهم ويكون وقفا عليهم نص عليه أحمد وذكر القاضى لأن الوقف يقتضى التأبيد ، وانما صرفناه الى هؤلاء لانهم أحق الناس بصدقته فصرف اليهم مع بقائه صدقة ، ويحتمل كلام الخرقى أن يصرف اليهم على سبيل الإرث ويبطل الوقف فيه ، فعلى هذا يكون كقول أبى يوسف .

(والرواية الثانية) يكون وقفا على أقرب عصبة الواقف دون بقية الورثة من أصحاب الفروض ودون البعيد من العصبات فيقدم الاقرب فالاقرب على حسب استحقاقهم لولاء الموالى لأنهم خصوا بالعقل عنه وبميراث مواليه فخصوا بهذا أيضا ، وهذا لا يقوى عندى فان استحقاقهم لهذا دون غيرهم من الناس لا يكون الا بدليل من نص أو اجماع أو قياس ولا نعلم فيه نصا ولا اجماعا ولا يصح قياسه على ميراث ولاء الموالى لان علته لا تتحقق ههنا ، وأقرب الأقوال فيه صرفه الى المساكين لأنهم مصارف مال الله تعالى وحقوقه فان كان فى أقارب الواقف مساكين كانوا أولى به لا على سبيل الوجوب كما أنهم أولى بزكاته وصلاته مع جواز الصرف الى غيرهم ولأننا اذا صرفناه الى أقاربه على سبيل التعيين فهى

أيضاً جهة منقطعة فلا يتحقق اتصاله إلا بصرفه إلى المساكين ، وقال الشافعي يكون وقفا على أقرب الناس الى الواقف الذكر والأنثى فيه سواء .

(فصل) فإن لم يكن للواقف أقارب أو كان له أقارب فانقرضوا صرف الى الفقراء والمساكين وقفا عليهم لأن القصد به الثواب الجاري عليه على وجه الدوام وإنما قدمنا الأقارب على المساكين لكونهم أولى فإذا لم يكونوا فالمساكين أهل لذلك فصرف اليهم إلا على قول من قال إنه يصرف الى ورثة الواقف ملكا لهم فإنه يصرف عند عدمهم الى بيت المال لأنه بطل الوقف فيه بانقطاعه وصار ميراثا لا وارث له فكان بيت المال به أولى .

(فصل) فإن قال وقفت هذا وسكت أو قال صدقة موقوفة ولم يذكر سبيله فلا نص فيه ، وقال ابن حامد يصح الوقف ، قال القاضي هو قياس قول أحمد فإنه قال فى النذر المطلق ينعقد موجبا لكفارة يمين ، وهذا قول مالك والشافعي فى أحد قوليه لأنه إزالة ملك على وجه القربة فوجب أن يصح مطلق كالأضحية والوصية: ولو قال وصيت بثلث مالي صح وإذا صح صرف الى مصارف الوقف المنقطع بعد انقراض الموقوف عليه .

(فصل) وإن وقف على من يجوز الوقف عليه ثم على من لا يجوز الوقف عليه مثل أن يقف على أولاده ثم على البيع صح الوقف أيضا ويرجع بعد انقراض من جاز الوقف عليه الى من يصرف اليه الوقف المنقطع لأن ذكره لمن لا يجوز الوقف عليه وعدمه واحد ، ويحتمل أن لا يصح الوقف لأنه جمع بين ما يجوز وما لا يجوز فأشبه تفريق الصفقة .

فصل

وإن كان الوقف منقطع الابتداء مثل أن يقفه على من لا يجوز الوقف عليه كنفسه أو أم ولده أو عبده أو كنيسة أو مجهول فإن لم يذكر له مآلا يجوز الوقف عليه فالوقف باطل ، وكذلك إن جعل مآله مما لا يجوز الوقف عليه لأنه أخل بأحد شرطي الوقف فبطل كما لو وقف ما لا يجوز وقفه، وان جعل له مآلا يجوز الوقف عليه مثل أن يقفه على عبده ثم على المساكين ففي صحته وجهان بناء على تفريق الصفقة وللشافعي فيه قولان كالوجهين .

فإذا قلنا يصح وهو قول القاضي وكان من لا يجوز الوقف عليه ممن لا يمكن اعتبار انقراضه كالميت والمجهول والكنائس صرف في الحال الى من يجوز الوقف عليه لأننا لما صححنا الوقف مع ذكر ما لا يجوز الوقف عليه فقد ألغيناه فإنه يتعذر التصحيح مع اعتباره ، وان كان من لا يجوز الوقف عليه يمكن اعتبار انقراضه كأم ولده وعبد معين ففيه وجهان .

أحدهما : أنه ينصرف في الحال الى من يجوز الوقف عليه كالتي قبلها ذكره أبو الخطاب ، والثاني : أنه يصرف في الحال الى مصرف الوقف المنقطع الى أن ينقرض من لا يجوز الوقف عليه فإذا انقرض صرف الى من يجوز، وهذا الوجه الذي ذكره القاضي وابن عقيل لأن الواقف إنما جعله وقفا على من يجوز بشرط انقراض هذا فلا يثبت دونه وفارق مالا يمكن اعتبار انقراضه فانه تعذر اعتباره ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين .

(فصل) وإن كان الوقف صحيح الطرفين منقطع الوسط مثل أن يقف على ولده ثم على عبيده ثم على المساكين خرج في صحة الوقف وجهان كمنقطع الانتهاء ثم ينظر فيما لا يجوز الوقف عليه فان لم يمكن اعتبار انقراضه ألغيناه اذا قلنا بالصحة ، وان أمكن اعتبار انقراضه فهل يعتبر أو يلغى ؟ على وجهين كما تقدم وان كان منقطع الطرفين صحيح الوسط كرجل وقف على عبيده ثم على أولاده ثم على الكنيسة خرج في صحته أيضا وجهان ومصرفه بعد من يجوز الى مصرف الوقف المنقطع .

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن وقف في مرضه الذي مات فيه أو قال هو وقف بعد موتي ولم يخرج من الثلث وقف منه بقدر الثلث الا أن تجيز الورثة)

وجملته أن الوقف في مرض الموت بمنزلة الوصية في اعتباره من ثلث المال لأنه تبرع فاعتبر في مرض الموت من الثلث كالعتق والهبة واذا خرج من الثلث جاز من غير رضا الورثة ولزم وما زاد على الثلث لزم الوقف منه في قدر الثلث ووقف الزائد على إجازة الورثة لا نعلم في هذا خلافا عند القائلين بلزوم الوقف

وذلك لأن حق الورثة تعلق بالمال بوجود المرض فمنع التبرع بزيادة على الثلث كالعطايا والعتق، فأما إذا قال هو وقف بعد موتى فظاهر كلام الخرقى أنه يصح ويعتبر من الثلث كسائر الوصايا وهو ظاهر كلام الامام أحمد : وقال القاضى لا يصح هذا لأنه تعليق للوقف على شرط ،وتعليق الوقف على شرط غير جائز بدليل ما لو علقه على شرط فى حياته ، وحمل كلام الخرقى على أنه قال : قفوا بعد موتى فيكون وصية بالوقف لا إيقافا ، وقال أبو الخطاب . قول الخرقى هذا يدل على جواز تعليق الوقف على شرط .

ولنا على صحة الوقف.. بالمعلق بالموت ما احتج به الامام أحمد رضى الله عنه أن عمراً وصى فكان فى وصيته : هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث إن ثمغا صدقة ، وذكر بقية الخبر وقد ذكرناه فى غير هذا الموضع ورواه أبو داود بنحو من هذا ، وهذا نص فى مسألتنا ، ووقفه هذا كان بأمر النبى صلى الله عليه وسلم ولأنه اشتهر فى الصحابة فلم ينكر فكان إجماعا . ولان هذا تبرع معلق بالموت فصح كالهبة والصدقة المطلقة ، أو نقول صدقة معلقة بالموت فأشبهت غير الوقف ويفارق هذا التعليق على شرط فى الحياة بدليل الهبة المطلقة والصدقة وغيرهما،وذلك لان هذا وصية والوصية أوسع من التصرف فى الحياة بدليل جوازها بالمجهول والمعدوم وللمجهول وللحمل وغير ذلك ، وبهذا يتبين فساد قياس من قاس على هذا الشرط بقية الشروط .

﴿ فصل ﴾

ولا يجوز تعليق ابتداء الوقف على شرط فى الحياة مثل أن يقول : اذا جاء رأس الشهر فدارى وقف أو فرسى حبيس : أو اذا ولد لى ولد أو اذا قدم لى غائبى ونحو ذلك ، ولا نعلم فى هذا خلافا . لأنه نقل للملك فيما لم يبن على التغليب والسراية فلم يجز تعليقه على شرط كالهبة ، وسوى المتأخرون من أصحابنا بين تعليقه بالموت وتعليقه بشرط فى الحياة ، ولا يصح لما ذكرنا من الفرق بينهما فيما قبل هذا .

(فصل) وان علق انتهاؤه على شرط نحو قوله دارى وقف الى سنة أو الى أن يقدم الحاج لم يصح فى أحد الوجهين ، لأنه ينافى مقتضى الوقف ، فإن مقتضاه

التأبيد ، وفى الآخر يصح لأنه منقطع الانتهاء فأشبه ما لو وقفه على منقطع الانتهاء فإن حكمنا بصحته ههنا فحكمه حكم منقطع الانتهاء

(فصل) وإن قال هذا وقف على ولدى سنة ثم على المساكين صح ؛ وكذلك إن قال هذا وقف على ولدى مدة حياتى ثم هو بعد موتى للمساكين صح ، لأنه وقف متصل الابتداء والانتهاء ، وإن قال وقف على المساكين ثم على أولادى صح ويكون وقفاً على المساكين ، ويلغى قوله على أولادى ، لأن المساكين لا انقراض لهم .

(فصل) واختلفت الرواية عن أحمد فى الوقف فى مرضه على بعض ورثته فعنه لا يجوز ذلك ، فإن فعل وقف على إجازة سائر الورثة . قال أحمد فى رواية إسحاق بن ابراهيم فيمن أوصى لأولاد بنيه بأرض توقف عليهم فقال : إن لم يرثوه فجائز ، فظاهر هذا أنه لا يجوز الوقف عليهم فى المرض ، اختاره أبو حفص العكبرى وابن عقيل وهو مذهب الشافعى

والرواية الثانية . يجوز أن يقف عليهم ثلثه كالاجانب فإنه قال فى رواية جماعة منهم الميمونى : يجوز للرجل أن يقف فى مرضه على ورثته فقيل له: أليس تذهب إنه لاوصية لوارث ؟ فقال نعم والوقف غير الوصية لأنه لا يباع ولا يورث ولا يصير ملكا للورثة ينتفعون بغلته .

وقال فى رواية أحمد بن الحسن فإنه صرح فى مسائله بوقف ثلثه على بعض ورثته دون بعض : فقال جائز ؛ قال الخبرى : وأجاز هذا الأكثرون ، واحتج أحمد رضى الله عنه بحديث عمر رضى الله عنه أنه قال : هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث أن ثمغا صدقة والعبد الذى فيه والسهم الذى بخيبر ورقيقه الذى فيه والمائة وسق الذى أطعمنى محمد صلى الله عليه وسلم تليه حفصة ما عاشت ، ثم يليه ذوى الرأى من أهله لا يباع ولا يشترى ، ينفقه حيث يرى من السائل والمحروم وذوى القربى ولاحرج على من وليه إن أكل أواشترى رقيقا : رواه ابو داود بنحو من هذا ، فالحجة أنه جعل لحفصة أن تلى وقفه وتأكل منه وتشترى رقيقا .

قال الميمونى : قلت لأحمد إنما أمر النبى (ص) عمر بالإيقاف وليس فى الحديث

الوارث ، قال فاذا كان النبي صلى الله عليه وسلم أمره وهو ذا قد وقفها على ورثته وحبس الأصل عليهم جميعا ، ولأن الوقف ليس في معنى المال لأنه لا يجوز التصرف فيه فهو كعتق الوارث

ولنا أنه تخصيص لبعض الورثة بماله في مرضه فمنع منه كالهبات ، ولأن كل من لا تجوز له الوصية بالعين لا تجوز بالمنفعة كالاجنبي فيما زاد على الثلث . وأما خبر عمر فانه لم يخص بعض الورثه بوقفه ، والنزاع إنما هو في تخصيص بعضهم ، وأما جعل الولاية لحفصة فليس ذلك وقفاً عليها ، فلا يكون ذلك وارداً في محل النزاع ، وكونه انتفاعا بالغلة لا يقتضي جواز التخصيص بدليل ما لو أوصى لورثته بمنفعة عبد لم يجز . ويحتمل أن يحمل كلام احمد في رواية الجماعه على انه وقف على جميع الورثة ليكون على وفق حديث عمر وعلى وفق الدليل الذي ذكرنا .

فصل

فإن وقف داره وهي تخرج من الثلث بين ابنه وبنته نصفين في مرض موته فعلى رواية الجماعة يصح الوقف ويلزم ، لانه لما كان يجوز له تخصيص البنت بوقف الدار كلها فبنصفها أولى ، وعلى الرواية التي نصرناها ان أجاز الابن ذلك جاز وان لم يجزه بطل الوقف فيما زاد على نصيب البنت وهو السدس ويرجع الى الابن ملكا فيكون له النصف وقفاً والسدس ملكا مطلقا والثلث للبنت جميعه وقفا : ويحتمل أن يبطل الوقف في نصف ما وقف على البنت وهو الربع ويبقى ثلاثة أرباع الدار وقفا ونصفها للابن وربعها للبنت والربع الذي بطل الوقف فيه بينهما أثلاثا ، للابن ثلثاه وللبنت ثلثه ، وتصح المسأله من إثني عشر للابن ستة أسهم وقفا وسهمان ملكا وللبنت ثلاثة أسهم وقفا وسهم ملكا . ولو وقفها على ابنه وزوجته نصفين وهي تخرج من الثلث فرد الابن صح الوقف على الابن في نصفها وعلى المرأة في ثمنها ، وللابن إبطال الوقف في ثلاثة أثمانها فترجع اليه ملكا على الوجه الاول ، وعلى الوجه الثاني يصح الوقف على الابن في نصفها وهو أربعة أسباع نصيبه ويرجع اليه باقي حصته ملكا ، ويصح الوقف في أربعة أسباع الثمن الذي للمرأة وباقيه يكون لها ملكا ، فاضرب سبعه في ثمانيه تكون ستة وخمسين ، للابن ثمانية وعشرون وقفا وأحد وعشرون ملكا ، وللمرأة

أربعة أسهما وقفاً وثلاثة ملكا ، وهكذا ذكر أصحاب الشافعي فأما إن كانت الدار جميع ملكه فوقفها كلها فعلى ما اخترناه الحكم فيها كما لو كانت تخرج من الثلث فإن الوارث في جميع المال كالأجنبي في الزائد عن الثلث ، وأما على مارواه الجماعة فإن الوقف يلزم في الثلث من غير اختيار الورثة وفيما زاد فلهما إبطال الوقف فيه وللابن إبطال التسوية . فإن اختار إبطال التسويه دون إبطال الوقف خرج فيه وجهان .

أحدهما : أنه يبطل الوقف في التسع ويرجع إليه ملكا فيصير له النصف وقفاً والتسع ملكا ويكون للبنت السدس والتسعان وقفاً لأن الابن إنما ملك إبطال الوقف في ماله دون ما لغيره .

والوجه الثاني : أن له إبطال الوقف في السدس ويصير له النصف وقفاوالتسع ملكا وللبنت الثلث وقفا ونصف التسع ملكا لئلا تزداد البنت على الابن في الوقف وتصح المسألة في هذا الوجه من ثمانية عشر ، للابن تسعة وقفا وسهمان ملكا وللبنت ستة أسهم وقف وسهم ملكا

وقال أبو الخطاب : له إبطال الوقف في الربع كله ويصير له النصف وقفا والسدس ملكا ويكون للبنت الربع وقفا ونصف السدس ملكا كما لو كانت الدار تخرج من الثلث . وتصح من اثنى عشر

« مسأله » قال (واذا خرب الوقف ولم يرد شيئا بيع واشترى بثمنه ما يرد على أهل الوقف وجعل وقفا كالأول ، وكذلك الفرس الحبيس اذا لم يصلح للغزو بيع واشترى بثمنه ما يصلح للجهاد)

وجملة ذلك أن الوقف إذا خرب وتعطلت منافعه ، كدار انهدمت أو أرض خربت وعادت مواتا ولم تمكن عمارتها ، أو مسجد انتقل أهل القرية عنه وصار في موضع لايصلى فيه أو ضاق بأهله ولم يمكن توسيعه في موضعه أو تشعب جميعه فلم تمكن عمارته ولا عمارة بعضه إلا ببيع بعضه جاز بيع بعضه لتعمر به بقيته ، وإن لم يمكن الانتفاع بشيء منه بيع جميعه

قال احمد في رواية ابي داود : إذا كان في المسجد خشبتان لهما قيمة جاز بيعهما

وصرف ثمنهما عليه . وقال فى رواية صالح : يحول المسجد خوفا من اللصوص ، وإذا كان موضعه قذراً قال القاضى : يعنى إذا كان ذلك يمنع من الصلاة فيه ؛ ونص على جواز بيع عرصته فى رواية عبد الله وتكون الشهادة فى ذلك على الإمام قال أبو بكر : وقد روى على بن سعيد أن المساجد لا تباع وانما تنقل آلتها ، قال وبالقول الاول أقول لإجماعهم على جواز بيع الفرس الحبيس ، يعنى الموقوفة على الغزو إذا كبرت فلم تصلح للغزو وأمكن الانتفاع بها فى شىء آخر ، مثل أن تدور فى الرحى أو يحمل عليها تراب أو تكون الرغبة فى نتاجها أو حصانا يتخذ للطراق فإنه يجوز بيعها ويشترى بثمنها ما يصلح للغزو ، نص عليه احمد ، وقال محمد بن الحسن : اذا خرب المسجد أو الوقف عاد الى ملك واقفه ، لان الوقف انما هو تسبيل المنفعة ، فإذا زالت منفعته زال حق الموقوف عليه منه فزال ملكه عنه .

وقال مالك والشافعى : لا يجوز بيع شىء من ذلك لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يباع أصلها ولا تبتاع ولا توهب ولا تورث » ولأن مالا يجوز بيعه مع بقاء منافعه لا يجوز بيعه مع بقاء تعطلها كالمعتق . والمسجد أشبه الاشياء بالمعتق

ولنا ما روى أن عمر رضى الله عنه كتب الى سعد لما بلغه انه قد نقب بيت المال الذى بالكوفة : انقل المسجد الذى بالتمارين واجعل بيت المال فى قبلة المسجد فإنه لن يزال فى المسجد مصل . وكان هذا بمشهد من الصحابة ولم يظهر خلافه ، فكان اجماعا ، ولان فيما ذكرناه استبقاء الوقف بمعناه عند تعذر ابقائه بصورته فوجب ذلك كما لو استولد الجاريه الموقوفه أو قبلها غيره

قال ابن عقيل : الوقف مؤبد فإذا لم يمكن تأبيده على وجه يخصصه استبقاء الغرض ، وهو الانتفاع على الدوام فى عين أخرى ، وإيصال الابدال جرى مجرى الاعيان ، وجمودنا على العين مع تعطلها تضييع للغرض ، ويقرب هذا من الهدى اذا عطب فى السفر فانه يذبح فى الحال وان كان يختص بموضع ، فلما تعذر تحصيل الغرض بالكلية استوفى منه ما أمكن وترك مراعاة المحل الخاص عند تعذره ، لأن مراعاته مع تعذره تفضى الى فوات الانتفاع بالكلية ؛ وهكذا الوقف المعطل المنافع

ولنا : على محمد بن الحسن أنه إزالة ملك على وجه القربة فلا يعود إلى مالكه باختلاله وذهاب منافعه كالعتق .

(فصل) وظاهر كلام الخرقى أن الوقف إذا بيع فأى شىء اشترى بثمنه مما يرد على أهل الوقف جاز سواء كان من جنسه أو من غير جنسه لأن المقصود المنفعة لا الجنس لكن تكون المنفعة مصروفة إلى المصلحة التى كانت الأولى تصرف فيها لأنه لا يجوز تغيير المصرف مع إمكان المحافظة عليه كما لا يجوز تغيير الوقف بالبيع مع إمكان الانتفاع به .

(فصــــل) وإذا لم يف ثمن الفرس الحبيس لشراء فرس أخرى أعين به فى شراء فرس حبيس يكون بعض الثمن نص عليه أحمد لأن المقصود استبقاء منفعة الوقف الممكن استبقاؤها وصيانتها عن الضياع ولا سبيل إلى ذلك إلا بهذه الطريق .

(فصل) وإن لم تتعطل مصلحة الوقف بالكلية لكن قلت وكان غيره أنفع منه وأكثر رد على أهل الوقف لم يجز بيعه لأن الأصل تحريم البيع وإنما أبيح للضرورة صيانة لمقصود الوقف عن الضياع مع إمكان تحصيله ومع الانتفاع وإن قل ما يضيع المقصود ، اللهم إلا أن يبلغ فى قلة النفع إلى حد لا يعد نفعاً فيكون وجود ذلك كالعدم .

(فصل) قال أحمد فى رواية أبى داود فى مسجد أراد أهله رفعه من الأرض ويجعل تحته سقاية وحوانيت فامتنع بعضهم من ذلك ، فينظر إلى قول أكثرهم واختلف أصحابنا فى تأويل كلام أحمد فذهب ابن حامد إلى أن هذا فى مسجد أراد أهله إنشاءه ابتداء واختلفوا كيف يعمل ؟ وسماه مسجداً قبل بنائه تجوزاً لأن مآله إليه اما بعد كونه مسجداً لا يجوز جعله سقاية ولا حوانيت ، وذهب القاضى إلى ظاهر اللفظ وهو أنه كان مسجداً فأراد أهله رفعه وجعل ما تحته سقاية لحاجتهم إلى ذلك والأول أصح وأولى ، وإن خالف الظاهر فإن المسجد لا يجوز نقله وإبداله وبيع ساحته وجعلها سقاية وحوانيت إلا عند تعذر الانتفاع به ، والحاجة إلى سقاية وحوانيت لا تعطل نفع المسجد فلا يجوز صرفه فى ذلك

ولو جاز جعل أسفل المسجد سقاية وحوانيت لهذه الحاجة لجاز تخريب المسجد وجعله سقاية وحوانيت، ويجعل بدله مسجداً فى موضع آخر : وقال أحمد فى رواية بكر بن محمد عن أبيه فى مسجد ليس بحصين من الكلاب وله منارة فرخص فى نقضها وبناء حائط المسجد بها للمصلحة .

(فصل) ولا يجوز أن يغرس فى المسجد شجرة نص عليه أحمد وقال ان كانت غرست النخلة بعد أن صار مسجداً فهذه غرست بغير حق فلا أحب الأكل منها ولو قلعها الإمام لجاز وذلك لأن المسجد لم يبن لهذا وانما بنى لذكر الله والصلاة وقراءة القرآن ، ولأن الشجرة تؤذى المسجد وتمنع المصلين من الصلاة فى موضعها ويسقط ورقها فى المسجد وثمرها وتسقط عليها العصافير والطير فتبول فى المسجد وربما اجتمع الصبيان فى المسجد من أجلها ورموها بالحجارة ليسقط ثمرها . فأما ان كانت النخلة فى أرض فجعلها صاحبها مسجداً والنخلة فيها فلا بأس ، قال أحمد فى موضع لا بأس يعنى أن يبيعها من الجيران . وقال فى رواية أبى طالب فى النبقة لا تباع وتجعل للمسلمين وأهل الدرب يأكلونها وذلك والله أعلم ، لأن صاحب الارض لما جعلها مسجداً والنخلة فيها فقد وقف الأرض والنخلة معها ولم يعين مصرفها فصارت كالوقف المطلق الذى لم يعين له مصرف ، وقد ذكرنا فيه فى احدى الروايات أنه للمساكين فأما ان قال صاحبها هذه وقف على المسجد فينبغى أن يباع ثمرها ويصرف اليه كما لو وقفها على المسجد وهى فى غيره ، قال أبو الخطاب عندى أن المسجد اذا احتاج الى ثمن ثمرة الشجرة بيعت وصرف ثمنها فى عمارته قال وقول أحمد يأكلها الجيران محمول على أنهم يعمرونه .

(فصل) وما فضل من حصر المسجد وزيته ولم يحتج اليه جاز أن يجعل فى مسجد آخر أو يتصدق من ذلك على فقراء جيرانه وغيرهم وكذلك ان فضل من قصبه أو شىء من نقضه ، قال أحمد فى مسجد بنى فبقى من خشبه أو قصبه أو شىء من نقضه فقال يعان فى مسجد آخر أو كما قال : وقال المروذى سألت أبا عبد الله عن بوارى المسجد اذا فضل منه الشىء أو الخشبة قال يتصدق به وأرى أنه قد احتج بكسوة البيت اذا تخرقت تصدق بها ، وقال فى موضع آخر قد كان شيبة يتصدق بخلقان الكعبة .

وروى الخلال بإسناده عن علقمة عن أمه أن شيبة بن عثمان الحجبي جاء الى عائشة رضى الله عنها فقال يا أم المؤمنين ان ثياب الكعبة تكثر عليها فننزعها فنحفر لها آبارا فندفنها فيها حتى لا تلبسها الحائض والجنب قالت عائشة بئس ما صنعت ولم تصب ، ان ثياب الكعبة اذا نزعت لم يضرها من لبسها من حائض أو جنب ولكن لو بعتها وجعلت ثمنها فى سبيل الله والمساكين ، فكان شيبة يبعث بها الى اليمن فتباع فيضع ثمنها حيث أمرته عائشة ، وهذه قصة مثلها ينتشر ولم ينكر فيكون اجماعا ، ولانه مال الله تعالى لم يبق له مصرف فصرف الى المساكين كالوقف المنقطع .

(فصل)

اذا جنى الوقف جناية توجب القصاص وجب سواء كانت الجناية على الموقوف عليه أو على غيره فإن قتل بطل الوقف فيه وان قطع كان باقيه وقفا كما لو تلف بفعل الله تعالى ، وان كانت الجناية موجبة للمال لم يمكن تعلقها برقبته لانه لا يمكن بيعها ويجب أرشها على الموقوف عليه لانه ملكه تعلق أرشه برقبته فكان على مالكه كأم الولد ولا يلزمه أكثر من قيمته كأم الولد ، وان قلنا الوقف لا يملك فالارش فى كسبه لانه تعذر تعلقه برقبته لكونها لا تباع وبالموقوف عليه لانه لا يملكه فكان فى كسبه كالحر يكون فى ماله ويحتمل أن يكون فى بيت المال كأرش جناية الحر المعسر وهذا احتمال ضعيف جداً فإن الجناية انما تكون فى بيت المال فى صورة تحملها العاقلة عند عدمها وجناية العبد لا تحملها العاقلة وان كان الوقف على المساكين فينبغى أن يكون الارش فى كسبه لانه ليس له مستحق معين يمكن ايجاب الارش عليه ولا يمكن تعلقه برقبته لتعذر بيعها فتعين فى كسبه ويحتمل أن يجب فى بيت المال .

(فصل) وان جنى على الوقف جناية موجبة للمال وجب لان ماليته لم تبطل ولو بطلت ماليته لم يبطل أرش الجناية عليه فإن الحر يجب أرش الجناية عليه فإن قتل وجبت قيمته وليس للموقوف عليه العفو عنها لانه لا يختص بها ويشترى بها مثل المجنى عليه يكون وقفا ، وقال بعض الشافعية يختص الموقوف عليه بالقيمة ان قلنا انه يملك الموقوف لانه بدل ملكه .

ولنا أنه ملك لا يختص به فلم يختص ببدله كالعبد المشترك والمرهون وبيان عدم الاختصاص ظاهر فإنه يتعلق به حق البطن الثانى فلم يجز إبطاله ولا نعلم قدر ما يستحق هذا منه فنعفو عنه فلم يصح العفو عن شيء منه كما لو أتلف رجل رهنا أخذت منه قيمته فجعلت رهنا ، ولم يصح عفو واحد منهما عنه . وان كانت الجناية عمداً محضا من مكافىء له فالظاهر أنه لا يجب القصاص لأنه محل لا يختص به الموقوف عليه فلم يجز أن يقتص من قاتله كالعبد المشترك ، وقال بعض أصحاب الشافعي يكون ذلك إلى الإمام فإن قطعت يد العبد أو طرف من أطرافه فالقصاص له وله استيفاؤه لأنه لا يشاركه فيه غيره وإن كان القطع لا يوجب القصاص أو يوجبه فعفى عنه وجب نصف قيمته ، فإن أمكن أن يشترى بها عبد كامل والا اشترى بها شقص من عبد .

(فصل) ويجوز تزويج الأمة الموقوفة لأنه عقد عقد على منفعتها أشبه الإجارة . ولأن الموقوف عليه لا يملك استيفاء هذه المنفعة فلا يتضرر بتمليك غيره اياها ووليها الموقوف عليه لانها ملكه والمهر له لأنه بدل نفعها أشبه الأجر فى الاجارة ، ويحتمل أن لا يجوز تزويجها لانه عقد على نفعها فى العمر ، فيفضى الى تفويت نفعها فى حق البطن الثانى ، ولان النكاح يتعلق به حقوق من وجوب تمكين الزوج من استمتاعها ومبيتها عنده فتفوت خدمتها فى الليل على البطن الثانى الا أن تطلب التزويج فيتعين تزويجها لانه حق لها طلبته فتتعين الاجابة اليه . وما فات من الحق به فات تبعاً لإيفائها حقها فوجب ذلك كما يجب تزويج الامة غير الموقوفة اذا طلبت ذلك ، واذا زوجها فولدت من الزوج فولدها وقف معها لان ولد كل ذات رحم تثبت لها حرمة حكمه حكمها كأم الولد والمكاتبة وان أكرهها أجنبي ، فوطئها أو طاوعته فعليه الحد اذا انتفت الشبهة وعليه المهر لأهل الوقف لانه وطىء جارية غيره أشبه الامة المطلقة وولدها يكون وقفاً معها ، وان وطئها بشبهة يعتقدها حرة فالولد حر . ولو كان الواطىء عبداً ، وتجب قيمته لانه كان من سبيله أن يكون مملوكا فمنعه اعتقاد الحرية من الرق فوجبت قيمته يشترى بها عبد يكون رقيقاً وتعتبر قيمته يوم تضعه حياً لانه لا يمكن تقويمه قبل ذلك .

(فصل) وليس للموقوف عليه وطء الامة الموقوفة لانا لا نأمن حبلها فتنقص أو تتلف أو تخرج من الوقف بكونها أم ولد ، ولان ملكه ناقص فإن وطيء فلا حد عليه للشبهة . ولا مهر عليه لانه لو وجب لوجب له ولا يجب للإنسان شيء على نفسه والولد حر لانه من وطيء شبهة وعليه قيمة الولد يشترى بها عبد مكانه وتصير أم ولد لانه أحبلها بحر فى ملكه ، فإذا مات عتقت ووجبت قيمتها فى تركته لانه أتلفها على من بعده من البطون فيشترى بها جارية تكون وقفا مكانها ، وان قلنا : ان الموقوف عليه لا يملكها لم تصر أم ولد له لانها غير مملوكة له .

(فصل) وان أعتق العبد الموقوف لم ينفذ عتقه لانه يتعلق به حق غيره ، ولان الوقف لازم فلا يمكن ابطاله وان كان نصف العبد وقفا ونصفه طلقا فأعتق صاحب الطلق لم يسر عتقه الى الوقف لانه اذا لم يعتق بالمباشرة فبالسراية أولى .

« مسألة » قال (وإذا حصل فى يد بعض أهل الوقف خمسة أوسق ففيه الزكاة واذا صار الوقف للمساكين فلا زكاة فيه)

وجملة ذلك أن الوقف اذا كان شجراً فأثمر أو أرضا فزرعت . وكان الوقف على قوم بأعيانهم فحصل لبعضهم من الثمرة أو الحب نصاب ففيه الزكاة ، وبهذا قال مالك والشافعي ، وروي عن طاوس ومكحول : لا زكاة فيه لان الارض ليست مملوكة لهم . فلم تجب عليهم زكاة فى الخارج منها كالمساكين .

ولنا أنه استغل من أرضه أو شجره نصابا فلزمته زكاته كغير الوقف ، يحققه أن الوقف الاصل ، والثمرة طلق والملك فيها تام له التصرف فيها بجميع التصرفات وتورث عنه فتجب فيها الزكاة كالحاصلة من أرض مستأجرة له ، وقولهم ان الارض غير مملوكة له ممنوع . وان سلمنا ذلك فهو مالك لمنفعتها ، ويكفى ذلك فى وجوب الزكاة بدليل الارض المستأجرة ، أما المساكين فلا زكاة عليهم فيما يحصل فى أيديهم ، سواء حصل فى يد بعضهم نصاب من الحبوب والثمار أو لم يحصل ، ولا زكاة عليهم قبل تفريقها ، وان بلغت نصبا لان الوقف على المساكين لا يتعين لواحد منهم بدليل أن كل واحد منهم يجوز حرمانه والدفع الى غيره وانما ثبت

الملك فيه بالدفع والقبض ، لما أعطيه من غلته ملكا مستأنفا فلم تجب عليه فيه زكاة كالذى يدفع اليه من الزكاة : وكما لو وهبه أو اشتراه ، وفارق الوقف على قوم بأعيانهم ، فإنه يعين لكل واحد منهم حق فى نفع الأرض وغلتها ، ولهذا يجب إعطاؤه ولا يجوز حرمانه .

(فصل) ويصح الوقف على القبيلة العظيمة كقريش وبنى هاشم وبنى تميم وبنى وائل ونحوهم ، ويجوز الوقف على المسلمين كلهم وعلى أهل إقليم ومدينة كالشام ودمشق ونحوهم ، ويجوز للرجل أن يقف على عشيرته وأهل مدينته ، وقال الشافعى فى أحد قوليه ، لا يصح الوقف على من لا يمكن استيعابهم وحصرهم فى غير المساكين وأشباههم ، لأن هذا تصرف فى حق الآدمى ، فلم يصح مع الجهالة كما لو قال : وقفت على قوم .

ولنا أن من صح الوقف عليه إذا كان عدده محصيا صح وان لم يكن محصيا كالفقراء والمساكين ، وما ذكره يبطل بالوقف على الفقراء والمساكين ومتى كان الوقف على من لا يمكن حصرهم فلا زكاة على واحد منهم فيما يصح له لما ذكرناه فى المساكين ولا فى جملة الوقف لما ذكرناه من قبل .

« مسألة » قال (وما لا ينتفع به الا بالإتلاف مثل الذهب والورق والمأكول والمشروب فوقفه غير جائز)

وجملته : أن ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالدنانير والدراهم والمطعوم والمشروب والشمع وأشباهه لا يصح وقفه فى قول عامة الفقهاء وأهل العلم إلا شيئا يحكى عن مالك والأوزاعى فى وقف الطعام أنه يجوز ولم يحكه أصحاب مالك وليس بصحيح ، لأن الوقف تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة وما لا ينتفع به الا بالإتلاف لا يصح فيه ذلك ، وقيل فى الدراهم والدنانير يصح وقفها على قول من أجاز اجارتها ولا يصح ، لأن تلك المنفعة ليست المقصود الذى خلقت له الأثمان ولهذا لا تضمن فى الغصب فلم يجز الوقف له كوقف الشجر على نشر الثياب والغنم على دوس الطين والشمع ليتجمل به :

(فصل) والمراد بالذهب والفضة ههنا الدراهم والدنانير وما ليس بحلى ، لأن

ذلك هو الذي يتلف بالانتفاع به ، أما الحلى : فيصح وقفه للبس والعارية لما روى نافع قال : ابتاعت حفصة حليا بعشرين ألفا فحبسته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكاته ، رواه الخلال بإسناده ، ولأنه عين يمكن الانتفاع بها مع بقائها دائما فصح وقفها كالعقار ولأنه يصح تحبيس أصلها وتسبيل الثمرة فصح وقفها كالعقار وبهذا قال الشافعي .

وقد روى عن أحمد أنه لا يصح وقفها ، وأنكر الحديث عن حفصة فى وقفه وذكره ابن أبي موسى الا أن القاضي تأوله على أنه لا يصح الحديث فيه ، ووجه هذه الرواية أن التحلى ليس هو المقصود الاصلى من الاثمان فلم يصح وقفها عليه كما لو وقف الدنانير والدراهم . والاول هو المذهب لما ذكرناه والتحلى من المقاصد المهمة والعادة جارية به وقد اعتبره الشرع فى اسقاط الزكاة عن متخذه وجوز اجارته لذلك، ويفارق الدراهم والدنانير فإن العادة لم تجر بالتحلى به ولا اعتبره الشرع فى اسقاط زكاته ولا ضمان نفعه فى الغصب بخلاف مسألتنا .

فصل

ولا يصح وقف الشمع لأنه يتلف بالانتفاع به فهو كالمأكول والمشروب ولا مايسرع اليه الفساد من المشمومات والرياحين وأشباهها لأنها تتلف على قرب من الزمان فأشبهت المطعوم ، ولا وقف مالا يجوز بيعه كأم الولد والمرهون والكلب والخنزير وسائر سباع البهائم التى لا تصلح للصيد وجوارح الطير التى لا يصاد بها لأنه نقل للملك فيها فى الحياة ، فأشبه البيع ، ولأن الوقف تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة وما لا منفعة فيه لا يحصل فيه تسبيل المنفعة والكلب أبيح الانتفاع به على خلاف الأصل للضرورة فلم يجز التوسع فيها ، والمرهون: فى وقفه إبطال حق المرتهن منه فلم يجز إبطاله ، ولا يصح الوقف فيما ليس بمعين كعبد فى الذمة ودار وسلاح ، لأن الوقف إبطال لمعنى الملك فيه فلم يصح فى عبد مطلق كالعتق .

(فصل) قال أحمد فيمن وصى بفرس وسرج ولجام مفضض يوقف فى سبيل الله فهو على ماوقف ووصى ، وإن بيع الفضة من السرج واللجام وجعل فى وقف مثله فهو أحب إلى لأن الفضة لا ينتفع بها ولعله يشترى بتلك الفضة سرجا ولجاما

فيكون أنفع للمسلمين . فقيل له . تباع الفضة وتجعل فى نفقته ؟ قال لا : فأباح أن يشترى بفضة السرج واللجام سرجا ولجاما لأنه صرف لها فى جنس ما كانت عليه حين لم ينتفع بها فيه ، فأشبه الفرس الحبيس إذا عطب فلم ينتفع به فى الجهاد جاز بيعه وصرف ثمنه فى مثله ولم يجز إيقافها على الفرس لأنه صرف لها إلى غير جهتها

« مسألة » قال (ويصح الوقف فيما عدا ذلك)

وجملة ذلك : أن الذى يجوز وقفه ماجاز بيعه وجاز الانتفاع به مع بقاء عينه وكان أصلا يبقى بقاء متصلا كالعقار والحيوانات والسلاح والأثاث وأشباه ذلك قال أحمد فى رواية الأثرم : إنما الوقف فى الدور والأرضين على ما وقف أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقال فيمن وقف خمس نخلات على مسجد لا بأس به : وهذا قول الشافعى . وقال أبو يوسف : لا يجوز وقف الحيوان ولا الرقيق ولا الكراع ولا العروض والسلاح والغلمان والبقر ، والآلة فى الأرض الموقوفة تبعاً لها لأن الحيوان لا يقاتل عليه فلم يجز وقفه كما لو كان الوقف الى مدة ، وعن مالك فى الكراع والسلاح روايتان .

ولنا أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أما خالد فقد احتبس أدراعه واعتاده فى سبيل الله » متفق عليه . وفى رواية « وأعتده » أخرجه البخارى ، قال الخطابى الاعتاد ما يعده الرجل من المركوب والسلاح وآلة الجهاد ، وروى أن أم معقل جاءت إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إن أبا معقل جعل ناضحه فى سبيل الله وإنى أريد الحج أفأركبه؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اركبيه فإن الحج والعمرة من سبيل الله » ولأنه يحصل فيه تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة فصح وقفه كالعقار والفرس الحبيس ولانه يصح وقفه مع غيره فصح وقفه وحده كالعقار .

(فصل) قال أحمد رحمه الله فى رجل له دار فى الربض أو قطيعة فأراد التنزه منها قال يقفها قال القطائع ترجع الى الأصل إذا جعلها للمساكين فظاهر هذا إباحة وقف السواد وهو فى الأصل وقف ومعناه ان وقفها يطابق الأصل لا أنها تصير بهذا القول وقفا .

« مسألة » قال (ويصح وقف المشاع)

وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ، وقال محمد بن الحسن لا يصح وبناه على أصله فى أن القبض شرط وأن القبض لا يصح فى المشاع .

ولنا أن فى حديث عمر أنه أصاب مائة سهم من خيبر واستأذن النبي (ص) فيها فأمره بوقفها وهذا صفة المشاع ، ولأنه عقد يجوز على بعض الجملة مفرزاً فجاز عليه مشاعا كالبيع أو عرصة يجوز بيعها فجاز وقفها كالمفرزة ولأن الوقف تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة وهذا يحصل فى المشاع كحصوله فى المفرز ولا نسلم اعتبار القبض وان سلمنا فإذا صح فى البيع صح فى الوقف .

(فصل) وإن وقف داره على جهتين مختلفتين مثل أن يقفها على أولاده وعلى المساكين نصفين أو أثلاثا أو كيفما كان جاز . وسواء جعل مآل الموقوف على أولاده وعلى المساكين أو على جهة أخرى سواهم لانه إذا جاز وقف الجزء مفرداً جاز وقف الجزأين ، وان أطلق الوقف فقال وقفت داري هذه على أولادي وعلى المساكين فهي بينهما نصفين لأن إطلاق الإضافة اليهما تقتضي التسوية بين الجهتين ولا تتحقق التسوية إلا بالتنصيف . وان قال وقفتها على زيد وعمر والمساكين فهي بينهم أثلاثا .

(فصل) فان أريد تمييز الوقف عن المطلق بالقسمة فذلك مبنى على القسمة هل هي بيع أو إفراز حق ؟ والصحيح أنها إفراز حق فينظر فان لم يكن فيها رد جازت القسمة ، وان كان فيها رد من جانب أصحاب الوقف جازت أيضا لأنه شراء لشيء من المطلق ، وان كان من صاحب المطلق لم يجز لأنه شراء بعض الوقف وبيعه غير جائز ، وان كان المشاع وقفا على جهتين فأراد أهله قسمته انبنى على ما ذكرنا ولم يجز فيما إذا كان فيها رد بحال ومتى جازت القسمة فى الوقف وطلبها أحد الشريكين أو ولى الوقف أجبر الآخر لان كل قسمة جازت من غير رد ولا ضرر فهي واجبة .

« مسألة » قال وإذا لم يكن الوقف على معروف أو بر فهو باطل)

وجملة ذلك : أن الوقف لا يصح الا على من يعرف كولده وأقاربه ورجل

معين أو على بر كبناء المساجد والقناطر وكتب الفقه والعلم والقرآن والمقابر والسقايات وسبيل الله ولا يصلح على غير معين كرجل وإمرأة لان الوقف تمليك للعين أو المنفعة فلا يصح على غير معين كالبيع والإجارة ، ولا على معصية كبيت النار والبيع والكنائس وكتب التوراة والإنجيل لأن ذلك معصية فإن هذه المواضع بنيت للكفر وهذه الكتب مبدلة منسوخة ولذلك غضب النبي صلى الله عليه وسلم حين رأى مع عمر صحيفة فيها شيء من التوراة وقال « أفي شك أنت يا ابن الخطاب ؟ ألم آت بها بيضاء نقية ؟ لو كان موسى أخي حيا لما وسعه الا اتباعي » ولولا أن ذلك معصية ما غضب منه .

والوقف على قناديل البيعة وفرشها ومن يخدمها ويعمرها كالوقف عليها لأنه يراد لتعظيمها ، وسواء كان الواقف مسلما أو ذميا ، قال أحمد في نصارى وقفوا على البيعة ضياعا كثيرة وماتوا ولهم أبناء نصارى فأسلموا والضياع بيد النصارى : فلهم أخذها وللمسلمين عونهم حتى يستخرجوها من أيديهم . وهذا مذهب الشافعي ، ولا نعلم فيه خلافا وذلك لان مالا يصح من المسلم الوقف عليه لا يصح من الذمي كالوقف على غير معين .

فإن قيل فقد قلتم إن أهل الكتاب إذا عقدوا عقداً فاسدة وتقابضوا ثم أسلموا وترافعوا إلينا لم ننقض ما فعلوه فكيف أجزتم الرجوع فيما وقفوه على كنائسهم ؟ قلنا الوقف ليس بعقد معاوضة ، وإنما هو إزالة للملك في الموقوف على وجه القربة فاذا لم يقع صحيحا لم يزل الملك فيبقى بحاله كالعتق .

وقد روى عن أحمد رحمه الله في نصراني أشهد في وصيته أن غلامه فلانا يخدم البيعة خمس سنين ثم هو حر ثم مات مولاه وخدم سنة ثم أسلم ما عليه ؟ قال هو حر ويرجع على الغلام بأجرة خدمة مبلغ أربع سنين ، وروى عنه قال هو حر ساعة مات مولاه لأن هذه معصية ، وهذه الرواية أصح وأوفق لأصوله ويحتمل أن قوله يرجع عليه بخدمته أربع سنين لم يكن لصحة الوصية بل لانه إنما أعتقه بعوض يعتقدان صحته واذا تعذر العوض بإسلامه كان عليه ما يقوم مقامه كما لو تزوج الذمي ذمية على ذلك ثم أسلم فإنه يجب عليه المهر ، كذا ههنا يجب عليه العوض والأول أولى .

(فصل) ولا يصح الوقف على من لا يملك ، كالعبد القن وأم الولد والمدبر والميت والحمل والملك والجن والشياطين .

قال أحمد فيمن وقف على مماليكه : لا يصح الوقف حتى يعتقهم ، وذلك لأن الوقف تمليك فلا يصح على من لا يملك ، فإن قيل قد جوزتم الوقف على المساجد والسقايات وأشباهها وهي لا تملك . قلنا الوقف هناك على المسلمين إلا أنه عين في نفع خاص لهم .

فإن قيل فينبغي أن يصح الوقف على الكنائس ويكون الوقف على أهل الذمة . قلنا الجهة التي عين صرف الوقف فيها ليست نفعا ، بل هي معصية محرمة يزدادون بها عقابا وإثما بخلاف المساجد ، ولا يصح الوقف على العبد ، وان قلنا انه يملك بالتمليك لأن الوقف يقتضي تحبيس الاصل والعبد لا يملك ملكا لازما ولا يصح الوقف على المكاتب وان كان يملك ، لأن ملكه غير مستقر ، ولا على مرتد ولا حربي لأن أموالهم مباحة في الأصل ويجوز أخذها منهم بالقهر والغلبة فما يتجدد لهم أولى . والوقف لا يجوز أن يكون مباح الأخذ لأنه تحبيس الأصل

(فصل) ويصح الوقف على أهل الذمة لأنهم يملكون ملكا محترما ، ويجوز أن يتصدق عليهم لجاز الوقف عليهم كالمسلمين . ويجوز أن يقف المسلم عليه لما روي أن صفية بنت حيي زوج النبي صلى الله عليه وسلم وقفت على أخ لها يهودي ولأن من جاز أن يقف الذمي عليه جاز أن يقف عليه المسلم كالمسلم ، ولو وقف على من ينزل كنائسهم وبيعهم من المارة والمجتازين صح أيضا ، لأن الوقف عليهم لا على الموضع

(فصل) وينظر في الوقف من شرطه الواقف لان عمر رضي الله عنه جعل وقفه الى حفصة تليه ما عاشت ثم الى ذوي الرأي من أهلها ولان مصرف الوقف يتبع فيه شرط الواقف فكذلك الناظر فيه فإن جعل النظر لنفسه جاز وان جعله الى غيره فهو له فان لم يجعله لاحد أوجعله لانسان فمات نظر فيه الموقوف عليه لانه ملكه ونفعه له فكان نظره اليه كملكه المطلق ، ويحتمل أن ينظر فيه الحاكم ، اختاره ابن أبي موسى ، ويحتمل أن يكون الوجهان مبنيين على أن الملك هل

ينتقل فيه إلى الموقوف عليه أو إلى الله تعالى ؟ فإن قلنا هو للموقوف عليه فالنظر فيه إليه لأنه ملكه عينه ونفعه ، وإن قلنا هو لله فالحاكم ينوب فيه ويصرفه إلى مصارفه لأنه مال الله فكان النظر فيه إلى حاكم المسلمين ، كالوقف على المساكين وأما الوقف على المساكين والمساجد ونحوها أو على من لا يمكن حصرهم واستيعابهم فالنظر فيه إلى الحاكم لأنه ليس له مالك متعين ينظر فيه وله أن يستنيب فيه لأن الحاكم لا يمكنه تولي النظر بنفسه ، ومتى كان النظر للموقوف عليه اما بجعل الواقف ذلك له أو لكونه أحق بذلك عند عدم ناظر سواه وكان واحداً مكلفاً رشيداً فهو أحق بذلك رجلا كان أو امرأة عدلا كان أو فاسقاً لأنه ينظر لنفسه فكان له ذلك في هذه الأحوال كالطلق ، ويحتمل أن يضم إلى الفاسق أمين حفظا لأصل الوقف عن البيع أو التضييع ، وان كان الوقف لجماعة رشيدين فالنظر للجميع لكل إنسان في نصيبه وان كان الموقوف عليه غير رشيد اما لصغر أو سفه أو جنون قام وليه في النظر مقامه كما يقوم مقامه في ماله المطلق ، وان كان النظر لغير الموقوف عليه أو لبعض الموقوف عليه بتولية الواقف أو الحاكم لم يجز أن يكون الا أمينا فإن لم يكن أمينا وكانت توليته من الحاكم لم تصح وأزيلت يده ، وان ولاه الواقف وهو فاسق أو ولاه وهو عدل وصار فاسقا ضم اليه أمين ينحفظ به الوقف ولم تزل يده ؛ ولانه أمكن الجمع بين الحقين ويحتمل أن لا تصح توليته وأنه ينعزل اذا فسق في أثناء ولايته لانها ولاية على حق غيره فنافاها الفسق كما لو ولاه الحاكم وكما لو لم يمكن حفظ الوقف منه مع بقاء ولايته على حق غيره فإنه متى لم يمكن حفظه منه أزيلت ولايته فإن مراعاة حفظ الوقف أهم من ابقاء ولاية الفاسق عليه .

فصل

ونفقة الوقف من حيث شرط الواقف لانه لما اتبع شرطه في سبيله وجب اتباع شرطه في نفقته فإن لم يمكن فمن غلته لان الوقف اقتضى تحبيس أصله وتسبيل نفعه ولا يحصل ذلك الا بالانفاق عليه : فكان ذلك من ضرورته ؛ وان تعطلت منافع الحيوان الموقوف فنفقته على الموقوف عليه لانه ملكه ويحتمل وجوبها في بيت المال ويجوز بيعه على ما سلف بيانه .

كتاب الهبة والعطية

« مسألة » قال (ولا تصح الهبة والصدقة فيما يكال أو يوزن الا بقبضه)

وجملة ذلك أن الهبة والصدقة والهدية والعطية معانيها متقاربة ، وكلها تمليك في الحياة بغير عوض ، واسم العطية شامل لجميعها وكذلك الهبة والصدقة والهدية متغايران فإن النبي صلى الله عليه وسلم « كان يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة » وقال في اللحم الذي تصدق به على بريرة « هو عليها صدقة ولنا هدية » فالظاهر أن من أعطى شيئا يتقرب به الى الله تعالى للمحتاج فهو صدقة . ومن دفع الى انسان شيئا للتقرب اليه والمحبة له فهو هدية وجميع ذلك مندوب اليه ومحثوث اليه فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال « تهادوا تحابوا » وأما الصدقة فما ورد في فضلها أكثر من أن يمكننا حصره وقد قال الله تعالى (ان تبدوا الصدقات فنعما هي وان تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم ويكفر عنكم من سيئاتكم) .

اذا ثبت هذا فإن المكيل والموزون لا تلزم فيه الصدقة والهبة الا بالقبض ، وهو قول أكثر الفقهاء منهم النخعي والثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك وأبو ثور : يلزم ذلك بمجرد العقد لعموم قوله عليه السلام « العائد في هبته كالعائد في قيئه » ولانه ازالة ملك بغير عوض فلزم بمجرد العقد كالوقف والعتق ، وربما قالوا تبرع فلا يعتبر فيه القبض كالوصية والوقف ، ولانه عقد لازم ينقل الملك فلم يقف لزومه على القبض كالبيع .

ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم ، فإن ما قلناه مروى عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما ولم يعرف لهما في الصحابة مخالف فروى عروة عن عائشة رضي الله عنها « أن أبا بكر رضي الله عنه نحلها جذاذ عشرين وسقا من ماله بالعالية ، فلما مرض قال : يا بنية ما أحد أحب الي غنى بعدي منك ، ولا أحد أعز علي فقراً منك ، وكنت نحلتك جذاذ عشرين وسقا ووددت أنك حزتيه أو قبضتيه وهو اليوم مال الوارث أخواك وأختاك فاقتسموا على كتاب الله عز وجل » .

وروى ابن عيينة عن الزهري عن عروة عن عبد الرحمن بن عبد القاري أن

عمر ابن الخطاب قال « ما بال أقوام ينحلون أولادهم ، فإذا مات أحدهم قال : مالى وفى يدى وإذا مات هو قال : كنت نحلته ولدى ؟ لا نحلة إلا نحلة يحرزها الولد دون الوالد فإن مات ورثه » وروى عثمان أن الوالد يحرز لولده إذا كانوا صغاراً ، قال المروذى : اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلى أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة : ولأنها هبة غير مقبوضة فلم تلزم كما لو مات قبل أن يقبض فإن مالكا يقول لا يلزم الورثة التسليم ، والخبر محمول على المقبوض ولا يصح القياس على الوقف والوصية والعتق لأن الوقف إخراج ملك إلى الله تعالى لخالف التمليكات والوصية تلزم فى حق الوارث والعتق إسقاط حق وليس بتمليك ، ولأن الوقف والعتق لا يكون فى محل النزاع فى المكيل والموزون .

(فصل) وقول الخرقى « لا يصح » يحتمل أن يريد لا يلزم ويحتمل أن يريد لا يثبت بها الملك قبل القبض فإن الملك حكم الهبة والصحة اعتبار الشىء فى حق حكمه وأما صحته بمعنى انعقاد اللفظ بحيث إذا انضم إليه القبض اعتبر ويثبت حكمه فلا يصح حمل لفظه على نفيه لعدم الخلاف فيه ، ولأنه قال فى سياق المسألة «كما يصح فى البيع » وقد تقرر فى البيع أن بيع المكيل والموزون صحيح قبل القبض وإنما ينتفى الضمان واطلاقه فى التصرفات ، وقوله « ما يكال وما يوزن » ظاهره العموم فى كل موزون ومكيل ، وخصه أصحابنا المتأخرون بما ليس بمتعين فيه كالقفيز من صبرة والرطل من زبرة ، وقد ذكرنا ذلك فى البيع ورجحنا العموم .

(فصل والواهب بالخيار قبل القبض ان شاء أقبضها وأمضاها وان شاء رجع فيها ومنعها ولا يصح قبضها الا باذنه ، فإن قبضها الموهوب له بغير اذنه لم تتم الهبة ولم يصح القبض ، وحكى عن أبى حنيفة أنه اذا قبضها فى المجلس صح ، وان لم يأذن له لأن الهبة قامت مقام الاذن فى القبض لكونها دالة على رضاه بالتمليك الذى لا يتم الا بالقبض .

ولنا أنه قبض الهبة بغير اذن الواهب، فلم يصح كما بعد المجلس أو كما لو نهاه عن قبضها ، ولأن التسليم غير مستحق على الواهب فلا يصح التسليم الا باذنه كما لو أخذ المشترى المبيع من البائع قبل تسليم ثمنه ولا يصح جعل الهبة اذنا فى القبض بدليل ما بعد المجلس ، ولو أذن الواهب فى القبض ثم رجع عن الاذن

أو رجع فى الهبة صح رجوعه ، لأن ذلك ليس بقبض ، وان رجع بعد القبض لم ينفع رجوعه لأن الهبة تمت .

(فصل) وان مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض بطلت الهبة سواء كان قبل الإذن فى القبض أو بعده، ذكره القاضى فى موت الواهب لأنه عقد جائز فبطل بموت أحد المتعاقدين كالوكالة والشركة ، وقال أحمد فى رواية أبى طالب وأبى الحارث فى رجل أهدى هدية فلم تصل الى المهدى اليه حتى مات فإنها تعود الى صاحبها ما لم يقبضها ، وروى بإسناده عن أم كلثوم بنت سلمة قالت : لما تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم أم سلمة قال لها « انى قد أهديت الى النجاشى حلة وأواق مسك ولا أرى النجاشى الا قد مات ولا أرى هديتى الا مردودة على فان ردت فهى لك » قالت : فكان ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وردت عليه هديته فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية من مسك وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة ، وان مات صاحب الهدية قبل أن تصل الى المهدى اليه رجعت الى ورثة المهدى وليس للرســـول حملها الى المهدى اليه الا أن يأذن له الوارث ، ولو رجع المهدى فى هديته قبل وصولها الى المهدى اليه صح رجوعه فيها والهبة كالهدية .

وقال أبو الخطاب : اذا مات الواهب قام وارثه مقامه فى الإذن فى القبض والفسخ وهذا يدل على أن الهبة لا تنفسخ بموته وهذا قول أكثر أصحاب الشافعى لأنه عقد مآله الى اللزوم فلم ينفسخ بالموت كالبيع المشروط فيه الخيار وكذلك يخرج فيما اذا مات الموهوب له بعد قبوله ، وان مات أحدهما قبل القبول أو ما يقوم مقامه بطلت وجهاً واحداً ، لأن العقد لم يتم فأشبه ما لو أوجب البيع فمات أحدهما قبل القبول من المشترى . واذا قلنا : ان الهبة لا تبطل فمات أحدهما بعد الإذن فى القبض بطل الاذن وجها واحدا ، لأن الميت ان كان هو الواهب فقد انتقل حقه فى الرجوع فى الهبة الى وارثه فلم يلزم بغير اذنه ، وان كان الموهوب له فلم يوجد الاذن لوارثه فلم يملك القبض بغير اذن .

(فصل) وان وهبه شيئا فى يد المتهب كوديعة أو مغصوب فظاهر كلام أحمد

أن الهبة تلزم من غير قبض ولا مضى مدة يتأتى القبض فيها فإنه قال فى رواية ابن منصور : اذا وهب لامرأته شيئا ولم تقبضه فليس بينه وبينها خيار هى معه فى البيت ، فظاهر هذا أنه لم يعتبر قبضا ولا مضى مدة يتأتى فيها لكونها معه فى البيت فيدها على ما فيه ، وقال القاضى : لا بد من مضى مدة يتأتى فيها القبض ، وقد روى عن أحمد رواية أخرى أنه يفتقر الى اذن فى القبض وقد مضى تعليل ذلك وتفصيله فى الرهن ، ومذهب الشافعى كمذهبنا فى الاختلاف فى اعتبار الاذن واعتبار مضى مدة يتأتى القبض فيها .

« مسألة » قال ﴿ ويصح فى غير ذلك بغير قبض اذا قبل كما يصح فى البيع ﴾

يعنى أن غير المكيل والموزون تلزم الهبة فيه بمجرد العقد ويثبت الملك فى الموهوب قبل قبضه ، وروى ذلك عن على وابن مسعود رضى الله عنهما أنهما قالا : الهبة جائزة اذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض وهو قول مالك وأبى ثور ، وعن أحمد رواية أخرى لا تلزم الهبة فى الجميع الا بالقبض وهو قول أكثر أهل العلم ، قال المروزى اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلى : على أن الهبة لا تجوز الا مقبوضة ويروى ذلك عن النخعى والثورى والحسن بن صالح والعنبرى والشافعى وأصحاب الرأى لما ذكرنا فى المسألة الأولى .

ووجه الرواية الأولى أن الهبه أحد نوعى التمليك فكان منها ما لا يلزم قبل القبض ومنها ما يلزم قبله كالبيع فان فيه ما لا يلزم قبل القبض وهو الصرف وبيع الربويات ومنه ما يلزم قبله وهو ما عدا ذلك ، فأما حديث أبى بكر فلا يلزم فان جذاذ عشرين وسقا يحتمل أنه أراد به عشرين وسقا مجذوذة فيكون مكيلا غير معين وهذا لا بد فيه من القبض ، وان أراد نخلا يجذ عشرين وسقا فهو أيضا غير معين ولا تصح الهبه فيه قبل تعيينه فيكون معناه وعدتك بالنحلة ، وقول عمر أراد به النهى عن التحيل بنحلة الوالد ولده نحلة موقوفة على الموت فيظهر انى نحلت ولدى شيئا ويمسكه فى يده ويستغله فاذا مات أخذه ولده بحكم النحله التى أظهرها وان مات ولده أمسكه ولم يعط ورثة ولده شيئا وهذا على هذا الوجه محرم فنهاهم عن هذا حتى يحوزها الولد دون والده فان مات

ورثها ورثته كسائر ماله ، وإذا كان المقصود هذا اختص بجهة الولد وشبهه ، على أنه قد روى عن على وابن مسعود خلاف ذلك فتعارضت أقوالهم

(فصل) قول الخرقي إذا قبل : يدل على أنه إنما يستغنى عن القبض فى موضع وجد فيه الايجاب والقبول ، والايجاب أن يقول . وهبتك أو أهديت إليك أو أعطيتك أو هذا لك ونحوه من الألفاظ الدالة على هذا المعنى. والقبول أن يقول قبلت أو رضيت أونحو هذا . وذكر القاضى وأبو الخطاب أن الهبة والعطية لا تصح كلها إلا بإيجاب وقبول . ولا بد منهما سواء وجد القبض أو لم يوجد . وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي لأنه عقد تمليك فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالنكاح . والصحيح أن المعاطاة والأفعال الدالة على الإيجاب والقبول كافية ولا يحتاج إلى لفظ وهذا اختيار ابن عقيل فإن النبي صلى الله عليه وسلم كان يهدى ويهدى إليه ، ويعطى ويعطى ، ويفرق الصدقات ويأمر سعاته بتفريقها وأخذها وكان أصحابه يفعلون ذلك ولم ينقل عنهم فى ذلك ايجاب ولا قبول ولا أمر به ولا تعليمه لأحد ، ولو كان ذلك شرطا لنقل عنهم نقلا مشهوراً . وكان ابن عمر على بعير لعمر ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعمر «بعنيه» فقال هو لك يارسول الله . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « هو لك يا عبد الله بن عمر فاصنع به ما شئت » ولم ينقل قبول النبي صلى الله عليه وسلم من عمر . ولا قبول ابن عمر من النبي صلى الله عليه وسلم ولو كان شرطا لفعله النبي صلى الله عليه وسلم وعلمه ابن عمر ولم يكن ليأمره أن يصنع به ما شاء قبل أن يقبله

وروى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا أتى بطعام سأل عنه . فإن قالوا صدقة ، قال لأصحابه كلوا ولم يأكل ، وان قال هدية ضرب بيده فأكل معهم ، ولا خلاف بين العلماء فيما علمناه فى أن تقديم الطعام بين يدى الضيفان اذن فى الأكل ، وأنه لا يحتاج الى قبول بقوله ، ولانه وجد ما يدل على التراضى بنقل الملك فاكتفى به ؛ كما لو وجد الايجاب والقبول

قال ابن عقيل . انما يشترط الايجاب والقبول مع الاطلاق وعدم العرف القائم بين المعطى والمعطى ، لانه اذا لم يكن عرف يدل على الرضا ، فلا بد من قول

دال عليه ، أما مع قرائن الأحوال والدلائل فلا وجه لتوقيفه على اللفظ ، ألا ترى أنا اكتفينا بالمعاطاة فى البيع ، واكتفينا بدلالة الحال فى دخول الحمام وهو إجارة وبيع أعيان ، فإذا اكتفينا بالمعاوضات مع تأكدها بدلالة الحال ، وأنها تنقل الملك من الجانبين : فلأن نكتفى به فى الهبة أولى

فصل

والقبض فيما لا ينقل بالتخلية بينه وبينه لا حائل دونه ، وفيما ينقل بالنقل وفى المشاع بتسليم الكل اليه ، فإن أبى الشريك أن يسلم نصيبه قيل للمتهب وكل الشريك فى قبضه لك ونقله ، فإن أبى نصب الحاكم من يكون فى يده لهما ، فينقله ليحصل القبض ، لانه لا ضرر على الشريك فى ذلك ويتم به عقد شريكه

(فصل) وتصح هبة المشاع ، وبه قال مالك والشافعى . قال الشافعى : سواء فى ذلك ماأمكن قسمته أو لم يمكن ، وقال أصحاب الرأى : لاتصح هبة المشاع الذى يمكن قسمته لان القبض شرط فى الهبة ووجوب القسمة يمنع صحة القبض وتمامه ، فان كان مما لايمكن قسمته صحت هبته لعدم ذلك فيه ، وان وهب واحد اثنين شيئا مما ينقسم لم يجز عند أبى حنيفة وجاز عند صاحبيه ، وان وهب اثنان اثنين شيئا مما ينقسم لم يصح فى قياس قولهم لان كل واحد من المتهبين قد وهب له جزء مشاع .

ولنا أن وفد هوازن لما جاءوا يطلبون من رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرد عليهم ما غنمه منهم ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما كان لى ولبنى عبد المطلب فهو لكم » رواه البخارى ، وهذا هبة المشاع

وروى عمر بن شعيب عن أبيه عن جده قال : سمعت النبى (ص) وقد جاءه رجل ومعه كبة من شعر ، فقال أخذت هذه من المغنم لأصلح بردعة لى ، فقال النبى (ص) « ما كان لى ولبنى عبد المطلب فهو لك »

وروى عمرو بن سلمة الضمرى قال : خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى أتينا الروحاء ، فرأينا حمار وحش معقوراً فأردنا أخذه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « دعوه فانه يوشك أن يجىء صاحبه » فجاء رجل من بهز وهو الذى عقره ، فقال يا رسول الله : شأنكم الحمار ، فأمر رسول الله (ص) أبا بكر

أن يقسمه بين الناس ، رواه الإمام أحمد والنسائى ، ولانه يجوز بيعه فجازت هبته كالذى لا ينقسم ، ولانه مشاع فأشبه مالا ينقسم . وقولهم ان وجوب القسمة يمنع صحة القبض لا يصح ، فانه لم يمنع صحته فى البيع فكذا ههنا . ومتى كانت الهبة لاثنين فقبضاه باذنه ثبت ملكهما فيه ، وان قبضه أحدهما ثبت الملك فى نصيبه دون نصيب صاحبه .

(فصل) ومتى قلنا ان القبض شرط فى الهبه لم تصح الهبه فيما لا يمكن تسليمه كالعبد الآبق والجمل الشارد والمغصوب لغير غاصبه ممن لا يقدر على أخذه من غاصبه ، وبهذا يقول أبو حنيفة والشافعى ، لانه عقد يفتقر الى القبض فلم يصح فى ذلك كالبيع . وان وهب المغصوب لغاصبه أو لم يتمكن من أخذه منه صح . لانه ممكن قبضه ، وليس لغير الغاصب القبض الا باذن الواهب ، فان وكل المالك الغاصب فى تقبيضه صح ، وان وكل المتهب الغاصب فى القبض له فقبض ومضى زمن يمكن قبضه فيه صار مقبوضا وملكه المتهب وبرىء الغاصب من ضمانه ، وان قلنا القبض ليس بشرط فى الهبه فالا يعتبر فيه القبض من ذلك احتمل أن لا يعتبر فى صحته القدرة على التسليم ، وهو قول أبى ثور ، لأنه تمليك بغير عوض أشبه الوصيه . ويحتمل أن لا تصح هبته ، لأنه لا يصح بيعه فلم تصح هبته كالحمل فى البطن ، وكذلك يخرج فى هبة الطير فى الهواء والسمك فى الماء إذا كان مملوكاً

(فصـــل)

ولا تصح هبة الحمل فى البطن واللبن فى الضرع . وبهـــذا قال أبو حنيفة والشافعى وأبو ثور : لأنه مجهول معجوز عن تسليمه ، وفى الصوف على الظهر وجهان بناء على صحة بيعه ، ومتى أذن له فى جز الصوف وحلب الشاة كان إباحة . وان وهب دهن سمسمه قبل عصره ، أو زيت زيتونه أو جفته لم يصح . وبهذا قال الثورى والشافعى وأصحاب الرأى ، ولا نعلم لهم مخالفاً . ولا تصح هبة المعدوم ، كالذى تثمر شجرته أو تحمل أمته ، لأن الهبه عقد تمليك فى الحياة فلم تصح فى هذا كله كالبيع .

(فصل) قال أحمد فى رواية أبى داود وحرب : لا تصح هبة المجهول . وقال فى رواية حرب : اذا قال شاة من غنمى ، يعنى وهبتها لك لم يجز ، وبه قال الشافعى

ويحتمل أن الجهل اذا كان فى حق الواهب منع الصحة لأنه غرر فى حقه ، وان كان من الموهوب له لم يمنعها لأنه لاغرر فى حقه فلم يعتبر فى حقه العلم بما يوهب له كالموصى له . وقال مالك : تصح هبة المجهول ، لأنه تبرع فصح فى المجهول كالنذر والوصيه ، ووجه الأول أنه عقد تمليك لا يصح تعليقه بالشروط ، فلم يصح فى المجهول كالبيع بخلاف النذر والوصيه

(فصل) ولا يصح تعليق الهبه بشرط ، لأنها تمليك لمعين فى الحياة فلم يجز تعليقها على شرط كالبيع . فإن علقها على شرط ، كقول النبى (ص لأم سلمة « إن رجعت هديتنا الى النجاشى فهى لك » كان وعداً ، وإن شرط فى الهبة شروطا تنافى مقتضاها ، نحو أن يقول وهبتك هذا بشرط أن لاتهبه أو لا تبيعه أو بشرط أن تهبه أو تبيعه ، أو بشرط أن تهب فلانا شيئا لم يصح الشرط . وفى صحة الهبة وجهان ، بناء على الشروط الفاسدة فى البيع ، وان وقت الهبة فقال : وهبتك هذا سنة ثم يعود الىّ لم يصح ، لأنه عقد تمليك لعين فلم يصح مؤقتا كالبيع

فصل

وإن وهب أمة واستثنى ما فى بطنها صح فى قياس قول أحمد : فيمن أعتق أمة واستثنى ما فى بطنها . لأنه تبرع بالأم دون ما فى بطنها ، فأشبه العتق . وبه يقول فى العتق النخعى وإسحاق وأبو ثور ، وقال أصحاب الرأى . تصح الهبة ويبطل الاستثناء

ولنا أنه لم يهب الولد فلم يملك الموهوب له كالمنفصل وكالموصى به

(فصل) وإذا كان له فى ذمة إنسان دين فوهبه له أو أبرأه منه أو أحله منه صح وبرئت ذمة الغريم منه . وان رد ذلك فلم يقبله لأنه إسقاط فلم يفتقر الى القبول كإسقاط القصاص والشفعه وحد القذف وكالعتق والطلاق . وان قال تصدقت به عليك صح ، فإن القرآن ورد فى الابراء بلفظ الصدقه بقول الله تعالى (ودية مسلمه الى أهله الا أن يصدقوا) وان قال عفوت لك عنه صح ، لأن الله تعالى قال (إلا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح) يعنى به الإبراء من الصداق ، وان قال أسقطته عنك صح ، لأنه أتى بحقيقة اللفظ الموضوع له ، وان قال ملكتك إياه صح ، لأنه بمنزلة هبته إياه

(فصـــل)

وان وهب الدين لغير من هو فى ذمته أو باعه إياه لم يصح ، وبه قال فى البيع أبو حنيفه والثورى وإسحاق .

قال أحمد : اذا كان لك على رجل طعام قرضاً فبعه من الذى هو عليه بنقد ولا تبعه من غيره بنقد ولا نسيئة ، واذا أقرضت رجلا دراهم أو دنانير فلا تأخذ من غيره عرضا بمالك عليه

وقال الشافعى . ان كان الدين على معسر أو مماطل أو جاحد له لم يصح البيع لأنه معجوز عن تسليمه ، وان كان على ملىء باذل له ففيه قولان :

(أحدهما) يصح لأنه ابتاع بمال ثابت فى الذمه فصح كما لو اشترى فى ذمته . ويشترط أن يشتريه بعين أو يتقابضان فى المجلس لئلا يكون بيع دين بدين

ولنا أنه غير قادر على تسليمه فلم يصح كبيع الآبق، فأما هبته فيحتمل أن لا تصح كالبيع ويحتمل أن تصح لأنه لا غرر فيها على المتهب ولا الواهب فصح كهبة الأعيان

(فصـــل) تصح البراءة من المجهول اذا لم يكن لهما سبيل الى معرفته . وقال أبو حنيفه : تصح مطلقا . وقال الشافعى : لا تصح ، الا أنه اذا أراد ذلك قال أبرأتك من درهم الى ألف ، لأن الجهالة انما منعت لأجل الغرر ، فإذا رضى بالجملة فقد زال الغرر وصحت البراءة

ولنا : أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لرجلين اختصما اليه فى مواريث درست « اقتسما وتوخيا الحق ثم استهما ثم تحالا » رواه أبو داود ، ولأنه إسقاط فصح فى المجهول كالعتاق والطلاق وكما لو قال من درهم الى ألف ولأن الحاجة داعية الى تبرئة الذمة ولا سبيل الى العلم بما فيها ، فلو وقف صحة البراءة على العلم لكان سداً لباب عفو الإنسان عن أخيه المسلم وتبرئة ذمته فلم يجز ذلك كالمنع من العتق : وأما ان كان من عليه الحق يعلمه ويكتمه المستحق خوفا من أنه اذا علمه لم يسمح بإبرائه منه فينبغى أن لا تصح البراءة فيه لأن فيه تغريراً بالمشترى وقد أمكن التحرز منه ، وقال أصحابنا : لو أبرأه من مائة وهو يعتقد أنه لا شىء له عليه وكان له عليه مائه ففى صحة البراءة وجهان :

أحدهما : صحتها . لانها صادفت ملكه فاسقطته كما لو علمها .

والثانى : لا تصح . لانه أبرأه مما لا يعتقد أنه عليه فلم يكن ذلك إبراء فى الحقيقة وأصل الوجهين ما لو باع مالا كان لموروثه يعتقد أنه باق لموروثه وكان موروثه قد مات وانتقل ملكه اليه فهل يصح ؟ فيه وجهان وللشافعى قولان فى البيع ، وفى صحة الابراء وجهان .

« مسألة » قال (ويقبض للطفل أبوه أو وصيه أو الحاكم أو أمينه بأمره)

وجملة ذلك : أن الطفل لا يصح قبضه لنفسه ، ولا قبوله لأنه ليس من أهل التصرف ووليه يقوم مقامه فى ذلك ، فإن كان له أب أمين فهو وليه لأنه أشفق عليه وأقرب اليه ، وان مات أبوه الامين وله وصى فوليه وصيه لان الاب أقامه مقام نفسه فجرى مجرى وكيله ، وان كان الأب غير مأمون لفسق أو جنون أو مات عن غير وصى فامينه الحاكم ولا يلى ماله غير هؤلاء الثلاثة وأمين الحاكم يقوم مقامه ، وكذلك وكيل الاب والوصى فيقوم كل واحد منهم مقام الصبي فى القبول والقبض ان احتيج اليه لأن ذلك قبول لما للصبي فيه حظ فكان الى الولى كالبيع والشراء ولا يصح القبض والقبول من غير هؤلاء .

قال أحمد فى رواية صالح فى صبي وهبت له هبة أو تصدق عليه بصدقة فقبضت الام ذلك وأبوه حاضر فقال لا أعرف للأم قبضا ولا يكون الا للأب ، وقال عثمان رضى الله عنه أحق من يحوز على الصبي أبوه ، وهذا مذهب الشافعى ولا أعلم فيه خلافا لأن القبض انما يكون من المتهب أو نائبه والولى نائب بالشرع فصح قبضه له أما غيره فلا نيابة له ، ويحتمل أن يصح القبض والقبول من غيرهم عند عدمهم لأن الحاجة داعية الى ذلك فان الصبي قد يكون فى مكان لا حاكم فيه وليس له أب ولا وصى ويكون فقيراً لا غنى به عن الصدقات فان لم يصح قبض غيرهم له انسد باب وصولها اليه فيضيع ويهلك ومراعاة حفظه عن الهلاك أولى من مراعاة الولاية .

فعلى هذا للأم القبض له وكل من يليه من أقاربه وغيرهم ، وان كان الصبي مميزاً فحكمه حكم الطفل فى قيام وليه مقامه لأن الولاية لا تزول عنه قبل البلوغ

الا أنه اذا قبل لنفسه وقبض لها صح لأنه من أهل التصرف فانه يصح بيعه وشراؤه باذن الولى فههنا أولى ولا يحتاج الى اذن الولى ههنا لأنه محض مصلحة ولا ضرر فيه فصح من غير اذن وليه كوصيته وكسب المباحات ، ويحتمل أن يقف صحة القبض منه على اذن وليه دون القبول لان القبض يحصل به مستوليا على المال فلا يؤمن تضييعه له وتفريطه فيه، فيتعين حفظه عن ذلك بوقفه على اذن وليه كقبضه لوديعته ، وأما القبول فيحصل له به الملك من غير ضرر لجاز من غير اذن كاحتشاشه واصطياده .

(فصــــل)

فان وهب الأب لابنه شيئا قام مقامه فى القبض والقبول ان احتيج اليه ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل اذا وهب لولده الطفل داراً بعينها أو عبداً بعينه وقبضته له من نفسه وأشهد عليه أن الهبة تامة ، هذا قول مالك والثورى والشافعى وأصحاب الرأى ، وروينا معنى ذلك عن شريح وعمر بن عبد العزيز ، ثم ان كان الموهوب مما يفتقر الى قبض اكتفى بقوله قد وهبت هذا لابنى وقبضته له لانه يغنى عن القبول كما ذكرنا ولا يغنى قوله قد قبلته لأن القبول لا يغنى عن القبض ، وان كان مما لا يفتقر اكتفى بقوله قد وهبت هذا لابنى ولا يحتاج الى ذكر قبض ولا قبول .

قال ابن عبد البر : أجمع الفقهاء على أن هبة الأب لابنه الصغير فى حجره لا يحتاج الى قبض وأن الاشهاد فيها يغنى عن القبض ، وان وليها أبوه لما رواه مالك عن الزهرى عن ابن المسيب أن عثمان قال : من نحل ولداً له صغيراً لم يبلغ أن يحوز نحله فأعلن ذلك وأشهد على نفسه فهى جائزة وان وليها أبوه ، وقال القاضى : لا بد فى هبة الولد من أن يقول قد قبلته ، وهذا مذهب الشافعى لأن الهبة عندهم لا تصح الا بايجاب وقبول ، وقد ذكرنا من قبل أن قرائن الاحوال ودلالتها تغنى عن لفظ القبول ولا أدل على القبول من كون القابل هو الواهب فاعتبار لفظ لا يفيد معنى من غير ورود الشرع به تحكم لا معنى له مع مخالفته لظاهر حال النبى صلى الله عليه وسلم وصحابته .

وليس هذا مذهبا لاحد فقد قال فى رواية حرب فى رجل أشهد بسهم من ضيعته

وهي معروفة لإبنه وليس له ولد غيره فقال أحب الى أن يقول عند الأشهاد قد قبضته له قيل له فإن سها ؟ فقال إذا كان مفرزاً رجوت، فقد ذكرأحمد أنه يكتفى بقوله قد قبضته له وأنه يرجو أن يكتفى مع التمييز بالاشهاد لحسب ، وهذا موافق للإجماع المذكور عن سائر العلماء . وقال بعض أصحابنا يكتفى بأحد لفظين إما أن يقول قد قبلته أو قد قبضته لأن القبول يغنى عن القبض وظاهر كلام أحمد ماذكرناه ، ولا فرق بين الأثمان وغيرها فيما ذكرنا ، وبه يقول أبو حنيفة والشافعى وقال مالك : ان وهب له مالا يعرف بعينه كالأثمان لم يجز إلا أن يضعها على يد غيره لأن الأب قد يتلف ذلك ويتلف بغير سببه ولا يمكن أن يشهد على شيء بعينه فلا ينفع القبض شيئا . ولنا : أن ذلك مما لا تصح هبته فإذا وهبه لإبنه الصغير وقبضه له وجب أن تصح كالعروض ،

﴿ فصــــل ﴾

وان كان الواهب للصبي غير الأب من أوليائه ، فقال أصحابنا : لا بد من أن يوكل من يقبل للصبي ويقبض له ليكون الإيجاب منه والقبول والقبض من غيره كما فى البيع بخلاف الأب فإنه يجوز أن يوجب ويقبل ويقبض لكونه يجوز أن يبيع لنفسه .

والصحيح عندى أن الأب وغيره فى هذا سواء لأنه عقد يجوز أن يصدر منه ومن وكيله فجاز له أن يتولى طرفيه كالأب ، وفارق البيع فإنه لا يجوز أن يوكل من يشترى له ، ولأن البيع عقد معاوضة ومرابحة فيتهم فى عقده لنفسه : والهبة محض مصلحة لا تهمة فيها وهو ولى فيه فجاز أن يتولى طرفى العقد كالأب . ولان البيع انما منع منه لما يأخذه من العوض لنفسه من مال الصبي وهو ههنا يعطى ولا يأخذ فلا وجه لمنعه من ذلك وتوقيفه على توكيل غيره ، ولأننا قد ذكرنا أنه يستغنى بالايجاب والاشهاد الى القبض والقبول فلا حاجة إلى التوكيل فيهما مع غناه عنهما .

(فصل) فأما الهبة من الصبي لغيره فلا تصح سواء أذن فيها الولى أو لم يأذن . لانه محجور عليه لحظ نفسه فلم يصح تبرعه كالسفيه ، وأما العبد فلا يجوز أن يهب إلا بإذن سيده لانه مال لسيده وماله مال لسيده فلا يجوز له إزالة ملك سيده

عنه بغير إذنه كالاجنبي ، وله أن يقبل الهبة بغير إذن سيده ، نص عليه أحمد لأنه تحصيل المال للسيد فلم يعتبر إذنه فيه كالالتقاط وما وهبه لسيده لأنه من اكتسابه فأشبه اصطياده :

« مسألة » قال ﴿ وإذا فاضل بين ولده فى العطية أمر برده كما أمر النبي (ص) ﴾

وجملة ذلك : أنه يجب على الانسان التسوية بين أولاده فى العطية إذا لم يختص أحدهم بمعنى يبيح التفضيل فإن خص بعضهم بعطيته أو فاضل بينهم فيها أثم ووجبت عليه التسوية بأحد أمرين اما رد ما فضل به البعض واما اتمام نصيب الآخر ، قال طاوس لا يجوز ذلك ولا رغيف محترق ، وبه قال ابن المبارك ، وروى معناه عن مجاهد وعروة وكان الحسن يكرهه ويجيزه فى القضاء ، وقال مالك والليث والثورى والشافعى وأصحاب الرأى ذلك جائز ، وروى معنى ذلك عن شريح وجابر بن زيد والحسن بن صالح لأن أبا بكر رضى الله عنه نحل عائشة ابنته جذاذ عشرين وسقا دون سائر ولده .

واحتج الشافعى بقول النبى صلى الله عليه وسلم فى حديث النعمان بن بشير « أشهد على هذا غيرى » فأمره بتأكيدها دون الرجوع فيها ولانها عطية تلزم بموت الاب فكانت جائزة كما لو سوى بينهم .

ولنا ماروى النعمان بن بشير قال : تصدق على أبى ببعض ماله فقالت أمى عمرة بنت رواحة لا أرضى حتى تشهد عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء أبى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليشهده على صدقته فقال « أكلّ ولدك أعطيت مثله » قال لا : قال « فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم » قال فرجع أبى فرد تلك الصدقة وفى لفظ قال « فاردده » وفى لفظ قال « فأرجعه » وفى لفظ « لا تشهدنى على جور » وفى لفظ « فاشهد على هذا غيرى » وفى لفظ « سو بينهم » وهو حديث صحيح متفق عليه وهو دليل على التحريم لأنه سماه جوراً وأمر برده وامتنع من الشهادة عليه والجور حرام، والامر يقتضى الوجوب ولان تفضيل بعضهم يورث بينهم العداوة والبغضاء وقطيعة الرحم فمنع منه كتزويج المرأة على عمتها أو خالتها

وقول أبى بكر لا يعارض قول النبى (ص) ولا يحتج به معه ، ويحتمل أن

أبا بكر رضي الله عنه خصها بعطيته لحاجتها وعجزها عن الكسب والتسبب فيه مع اختصاصها بفضلها وكونها أم المؤمنين زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم وغير ذلك من فضائلها ، ويحتمل أن يكون قد نحلها ونحل غيرها من ولده أو نحلها وهو يريد أن ينحل غيرها فأدركه الموت قبل ذلك .

ويتعين حمل حديثه على أحد هذه الوجوه لأن حمله على مثل محل النزاع منهي عنه وأقل أحواله الكراهة ، والظاهر من حال أبي بكر اجتناب المكروهات ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم « فأشهد على هذا غيري » ليس بأمر لان أدنى أحوال الأمر الاستحباب والندب ولا خلاف في كراهة هذا ، وكيف يجوز أن يأمره بتأكيده مع أمره برده وتسميته إياه جوراً ، وحمل الحديث على هذا حمل لحديث النبي صلى الله عليه وسلم على التناقض والتضاد ولو أمر النبي صلى الله عليه وسلم بإشهاد غيره امتثل بشير أمره ولم يرده وانما هذا تهديد له على هذا فيفيد ما أفاده النهي عن اتمامه ، والله أعلم .

(فصـــل)

فإن خص بعضهم لمعنى يقتضي تخصيصه مثل اختصاصه بحاجة أو زمانة أو عمى أو كثرة عائلة أو اشتغاله بالعلم أو نحوه من الفضائل ، أو صرف عطيته عن بعض ولده لفسقه أو بدعته أو لكونه يستعين بما يأخذه على معصية الله أو ينفقه فيها فقد روي عن أحمد ما يدل على جواز ذلك لقوله في تخصيص بعضهم بالوقف : لا بأس به اذا كان لحاجة وأكرهه اذا كان على سبيل الأثرة ، والعطية في معناه ويحتمل ظاهر لفظه المنع من التفضيل والتخصيص على كل حال لكون النبي صلى الله عليه وسلم لم يستفصل بشيراً في عطيته .

والاول أولى ان شاء الله لحديث أبي بكر ، ولان بعضهم اختص بمعنى يقتضي العطية فجاز أن يختص بها كما لو اختص القرابة ، وحديث بشير قضية في عين لا عموم لها ، وترك النبي (ص) الاستفصال يجوز أن يكون لعلمه بالحال .

فإن قيل : لو علم بالحال لما قال « ألك ولد غيره ؟ » .

قلنا يحتمل أن يكون السؤال ههنا لبيان العلة كما قال عليه السلام للذي سأله

عن بيع الرطب بالتمر « أينقص الرطب إذا يبس ؟ » قال نعم ، قال « فلا إذاً »
وقد علم أن الرطب ينقص لكن نبه السائل بهذا على علة المنع من البيع كذا ههنا .

(فصل) ولا خلاف بين أهل العلم فى استحباب التسوية وكراهة التفضيل ،
قال إبراهيم : كانوا يستحبون أن يسووا بينهم حتى فى القبل : إذا ثبت هذا فالتسوية
المستحبة أن يقسم بينهم على حسب قسمة الله تعالى الميراث فيجعل للذكر مثل حظ
الأنثيين وبهذا قال عطاء وشريح وإسحاق ومحمد بن الحسن ، قال شريح لرجل قسم
ماله بين ولده : أرددهم إلى سهام الله تعالى وفرائضه ، وقال عطاء : ما كانوا
يقسمون إلا على كتاب الله تعالى ، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي وابن المبارك :
تعطى الأنثى مثل ما يعطى الذكر لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لبشير بن سعد
« سو بينهم » وعلل ذلك بقوله « أيسرك أن يستووا فى برك ؟ » قال نعم قال :
« فسو بينهم » والبنت كالإبن فى استحقاق برها وكذلك فى عطيتها .

وعن ابن عباس قال : قال رسول الله « سووا بين أولادكم فى العطية ولو كنت
مؤثراً لآثرت النساء على الرجال » رواه سعيد فى سننه . ولأنها عطية فى الحياة
فاستوى فيها الذكر والأنثى كالنفقة والكسوة .

ولنا أن الله تعالى قسم بينهم فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين وأولى ما اقتدى
بقسمة الله ، ولأن العطية فى الحياة أحد حالى العطية فيجعل للذكر منها مثل حظ
الأنثيين كحالة الموت يعنى الميراث ، يحققه أن العطية استعجال لما يكون بعد الموت
فينبغى أن تكون على حسبه كما أن معجل الزكاة قبل وجوبها يؤديها على صفة أدائها
بعد وجوبها وكذلك الكفارات المعجلة ولان الذكر أحوج من الانثى من قبل
أنهما إذا تزوجا جميعاً فالصداق والنفقة ونفقة الاولاد على الذكر ، والانثى لها
ذلك فكان أولى بالتفضيل لزيادة حاجته وقد قسم الله تعالى الميراث ففضل الذكر
مقروناً بهذا المعنى فتعلل به ويتعدى ذلك إلى العطية فى الحياة ، وحديث بشير
قضية فى عين وحكاية حال لا عموم لها وإنما ثبت حكمها فيما ماثلها ولا نعلم حال
أولاد بشير هل كان فيهم أنثى أو لا ؟ ولعل النبي صلى الله عليه وسلم قد علم أنه ليس
له إلا ولد ذكر ، ثم تحمل التسويه على القسمه على كتاب الله تعالى ، ويحتمل أنه

أراد التسوية فى أصل العطاء لا فى صفته فإن القسمة لا تقتضى التسوية من كل وجه ، وكذلك الحديث الآخر ودليل ذلك قول عطاء : ما كانوا يقسمون الا على كتاب الله تعالى ، وهذا خبر عن جميعهم على أن الصحيح من خبر ابن عباس أنه مرسل .

(فصل) وليس عليه التسويه بين سائر أقاربه ولا اعطاؤهم على قدر مواريثهم سواء كانوا من جهه واحدة كأخوة وأخوات وأعمام وبنى عم أومن جهات كبنات وأخوات وغيرهم ؛ وقال أبو الخطاب : المشروع فى عطيه الاولاد وسائر الاقارب أن يعطيهم على قدر ميراثهم فإن خالف وفعل فعليه أن يرجع ويعمهم بالنحلة لانهم فى معنى الاولاد فثبت فيهم مثل حكمهم .

ولنا أنها عطيه لغير الاولاد فى صحته فلم تجب عليه التسويه كما لو كانوا غير وارثين ، ولان الاصل اباحه تصرف الإنسان فى ماله كيف شاء وانما وجبت التسويه بين الاولاد بالخبر وليس غيرهم فى معناهم لأنهم استووا فى وجوب بر والدهم فاستووا فى عطيته ، وبهذا علل النبى صلى الله عليه وسلم حين قال «أيسرك أن يستووا فى برك ؟» قال نعم قال «فسو بينهم» ولم يوجد هذا فى غيرهم ، ولان للوالد الرجوع فيما أعطى ولده فيمكنه أن يسوى بينهم باسترجاع ما أعطاه لبعضهم ولا يمكن ذلك فى غيرهم ولان الاولاد لشدة محبه الوالد لهم وصرف ماله إليهم عادة يتنافسون فى ذلك ويشتد عليهم تفضيل بعضهم ولا يساويهم فى ذلك غيرهم فلا يصح قياسه عليهم ، ولا نص فى غيرهم ولان النبى صلى الله عليه وسلم قد علم لبشير زوجة ولم يأمره بإعطائها شيئاً حين أمره بالتسويه بين أولاده ولم يسأله هل لك وارث غير ولدك ؟

(فصل) والام فى المنع من المفاضله بين الاولاد كالاب لقول النبى صلى الله عليه وسلم «اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم» ، ولانها أحد الوالدين فمنعت التفضيل كالاب ، ولان ما يحصل بتخصيص الاب بعض ولده من الحسد والعداوة يوجد مثله فى تخصيص الام بعض ولدها فثبت لها مثل حكمه فى ذلك .

(فصل) وقول الخرقى : أمر برده يدل على أن للأب الرجوع فيما وهب لولده وهو ظاهر مذهب أحمد سواء قصد برجوعه التسويه بين الاولاد أو لم يرد وهذا

مذهب مالك والاوزاعى والشافعى واسحاق وأبى ثور ، وعن أحمد روايه أخرى ليس له الرجوع فيها وبها قال أصحاب الرأى والثورى والعنبرى لقول النبي صلى الله عليه وسلم « العائد فى هبته كالعائد فى قيئه » متفق عليه ، وعن عمر ابن الخطاب رضى الله عنه قال من وهب هبة يرى أنه أراد بها صلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها ومن وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها اذا لم يرض منها رواه مالك فى الموطأ ولانها هبة يحصل بها الاجر من الله تعالى فلم يجز الرجوع فيها كصدقه التطوع .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم لبشير بن سعد « فاردده » وروى « فارجعه » رواه كذلك مالك عن الزهرى عن حميد بن عبدالرحمن عن النعمان فأمره بالرجوع فى هبته ، وأقل أحوال الامر الجواز ، وقد امتثل بشير بن سعد فى ذلك فرجع فى هبته لولده ، ألا تراه قال فى الحديث فرجع أبى فرد تلك الصدقه وحمل الحديث على أنه لم يكن أعطاه شيئا يخالف ظاهر الحديث لقوله تصدق على أبى بصدقة ، وقول بشير انى نحلت ابنى غلاما يدل على أنه كان قد أعطاه ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم « فاردده » وقوله « فارجعه » وروى طاوس عن ابن عمر وابن عباس يرفعان الحديث الى النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « ليس لأحد أن يعطى عطية فيرجع فيها الا الوالد فيما يعطى ولده » رواه الترمذى وقال حديث حسن وهذا يخص عموم ما رووه ويفسره ، وقياسهم منقوض بهبة الاجنبى فإن فيها أجراً وثوابا فان النبي صلى الله عليه وسلم ندب اليها وعندهم له الرجوع فيها والصدقه على الوالد كمسألتنا ، وقد دل حديث النعمان بن بشير على الرجوع فى الصدقه لقوله تصدق على أبى بصدقة .

(فصل) وظاهر كلام الخرقى أن الام كالاب فى الرجوع فى الهبه لان قوله واذا فاضل بين أولاده يتناول كل والد ثم قال فى سياقه : أمر برده فيدخل فيه الام وهذا مذهب الشافعى لانها داخلة فى قوله الا الوالد فيما يعطى ولده ، ولانها لما دخلت فى قول النبي « سووا بين أولادكم » ينبغى أن يتمكن من التسويه والرجوع فى الهبه طريق فى التسويه وربما تعين طريقا فيها اذا لم يمكن اعطاء الآخر مثل عطية

الأول ولأنها لما دخلت فى المعنى فى حديث بشير بن سعيد فينبغى أن تدخل فى جميع مدلوله لقوله « فاردده » وقوله « فارجعه » ولأنها لما ساوت الأب فى تحريم تفضيل بعض ولدها ينبغى أن تساويه فى التمكن من الرجوع فيما فضله به تخليصا لها من الإثم وازالة للتفضيل المحرم كالأب والمنصوص عن أحمد أنه ليس لها الرجوع ، قال الأثرم : قلت لأبى عبدالله الرجوع للمرأة فيما أعطته ولدها كالرجل ؟ قال ليس هى عندى فى هذا كالرجل لأن للأب أن يأخذ من مال ولده ، والام لا تأخذ ، وذكر حديث عائشة « أطيب ما أكل الرجل من كسبه وأن ولده من كسبه » أى كأنه الرجل قال أصحابنا والحديث حجة لنا فإنه خص الوالد وهو بإطلاقه انما يتناول الاب دون الام والفرق بينهما أن للأب ولاية على ولده ويحوز جميع المال فى الميراث والام بخلافه ، وقال مالك للأم الرجوع فى هبة ولدها ما كان أبوه حيا فإن كان ميتا فلا رجوع لها لانها هبة ليتيم ، وهبة اليتيم لازمة كصدقة التطوع ومن مذهبه أنه لا يرجع فى صدقة التطوع .

(فصل) ولا فرق فيما ذكرنا بين الهبة والصدقه وهو قول الشافعى وفرق مالك وأصحاب الرأى بينهما فلم يجيزوا الرجوع فى الصدقه بحال واحتجوا بحديث عمر : من وهب هبة وأراد بها صلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع

ولنا حديث النعمان بن بشير فإنه قال تصدق علىّ أبى بصدقة وقال فرجع أبى فرد تلك الصدقه وأيضا عموم قول النبى صلى الله عليه وسلم « الا الوالد فيما يعطى ولده » وهذا يقدم على قول عمر ثم هو خاص فى الوالد وحديث عمر عام فيجب تقديم الخاص .

(فصل والرجوع فى هبة الولد شروط أربعة .

أحدها : أن تكون باقية فى ملك الابن فان خرجت عن ملكه ببيع أو هبة أو وقف أو ارث أو غير ذلك لم يكن له الرجوع فيها لانه ابطال لملك غير الولد وان عادت اليه بسبب جديد كبيع أو هبة أو وصية أو ارث ونحو ذلك لم يملك الرجوع فيها لانها عادت بملك جديد لم يستفده من قبل أبيه فلا يملك فسخه وازالته كالذى لم يكن موهوبا له ، وان عادت اليه بفسخ البيع لعيب أو اقالة أو فلس المشترى ففيه وجهان .

أحدهما : يملك الرجوع لان السبب المزيل ارتفع وعاد الملك بالسبب الاول فأشبه ما لو فسخ البيع بخيار المجلس أو خيار الشرط .

والثاني : لا يملك الرجوع لان الملك عاد اليه بعد استقرار ملك من انتقل اليه عليه فأشبه ما لو عاد اليه بهبة ، فأما ان عاد اليه للفسخ بخيار الشرط أو خيار المجلس فله الرجوع لان الملك لم يستقر عليه .

{ فصــل }

الثاني : أن تكون العين باقية في تصرف الولد بحيث يملك التصرف في رقبتها فان استولد الامة لم يملك الاب الرجوع فيها لان الملك فيها لا يجوز نقله الى غير سيدها ، وان رهن العين أو أفلس وحجر عليه لم يملك الاب الرجوع فيها لان في ذلك ابطالا لحق غير الولد فان زال المانع من التصرف فله الرجوع لان ملك الابن لم يزل ، وانما طرأ معنى قطع التصرف مع بقاء الملك فمنع الرجوع فاذا زال زال المنع والكتابة كذلك عند من لا يرى بيع المكاتب وهو مذهب الشافعي وجماعة سواه ، فأما من أجاز بيع المكاتب فحكمه حكم المستأجر والمزوج .

وأما التدبير فالصحيح أنه لا يمنع البيع فلا يمنع الرجوع ، وان قلنا يمنع البيع منع الرجوع وكل تصرف لا يمنع الابن التصرف في الرقبة كالوصية والهبة قبل القبض فيما يفتقر اليه والوطء والتزويج والاجارة والكتابة والتدبير ان قلنا لا يمنع البيع والمزارعة عليها وجعلها مضاربة أو في عقد شركة فكل ذلك لا يمنع الرجوع لانه لا يمنع تصرف الابن في رقبتها ، وكذلك العتق المعلق على صفة ، واذا رجع وكان التصرف لازما كالاجارة والتزويج والكتابه فهو باق بحاله لان الابن لا يملك ابطاله فكذلك من انتقل اليه ، وان كان جائزاً كالوصيه والهبة قبل القبض بطل لان الابن يملك ابطاله .

وأما التدبير والعتق المعلق بصفة فلا يبقى حكمها في حق الاب ، ومتى عاد الى الابن عاد حكمها ، فأما البيع الذي للابن فيه خيار اما اشرط أو عيب في الثمن أوغير ذلك فيمنع الرجوع لان الرجوع يتضمن فسخ ملك الابن في عوض المبيع ولم يثبت له ذلك من جهته ، وان وهبه الابن لابنه لم يملك الرجوع فيه لان رجوعه ابطال لملك غير ابنه فان رجع الابن في هبته احتمل أن يملك الاب الرجوع في

هبته حينئذ ، لأنه فسخ هبته برجوعه فعاد اليه الملك بالسبب الأول ، ويحتمل أن لايملك الأب الرجوع . لأنه رجع الى ابنه بعد استقرار ملك غيره عليه فأشبه ما لو وهبه ابن الابن لابيه .

(فصل) الثالث : أن لايتعلق بها رغبة لغير الولد فإن تعلقت بها رغبة لغيره مثل أن يهب ولده شيئا فيرغب الناس فى معاملته وأدانوه ديونا أورغبوا فى مناكحته فزوجوه ان كان ذكراً أو تزوجت الانثى لذلك . فعن أحمد روايتان

أولاهما . ليس له الرجوع . قال أحمد فى رواية أبى الحارث فى الرجل يهب لابنه مالا . فله الرجوع إلا أن يكون غر به قوما ، فإن غر به فليس له أن يرجع فيها ، وهذا مذهب مالك لانه تعلق به حق غير الابن ففى الرجوع ابطال حقه ، وقد قال عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » وفى الرجوع ضرر ، ولأن فى هذا تحيلا على الحاق الضرر بالمسلمين ولا يجوز التحيل على ذلك

والثانية له الرجوع لعموم الخبر ، ولان حق المتزوج والغريم لم يتعلق بعين هذا المال فلم يمنع الرجوع فيه

(فصــــل)

الرابع : أن لاتزيد زيادة متصلة كالسمن والكبر وتعلم صنعة ، فإن زادت فعن أحمد فيها روايتان .

احدهما : لاتمنع الرجوع وهو مذهب الشافعى . لانها زيادة فى الموهوب فلم تمنع الرجوع كالزيادة قبل القبض والمنفصلة .

والثانية . تمنع وهو مذهب أبى حنيفه لان الزيادة للموهوب له لكونها نماء ملكه ولم تنتقل اليه من جهة أبيه فلم يملك الرجوع فيها كالمنفصلة ، واذا امتنع الرجوع فيها امتنع الرحوع فى الاصل لئلا يفضى الى سوء المشاركة وضرر التشقيص ، ولانه استرجاع للمال بفسخ عقد لغير عيب فى عوضه فمنعه الزيادة المتصلة كاسترجاع الصداق بفسخ النكاح أو نصفه بالطلاق أو رجوع البائع فى المبيع لفلس المشترى ، ويفارق الرد بالعيب من جهة أن الرد من المشترى وقد رضى ببذل الزيادة ، وان فرض الكلام فيما اذا باع عرضا بعرض فزاد أحدهما ووجد المشترى الآخر به عيبا ، قلنا بائع المعيب سلط مشتريه على الفسخ ببيعه ،

المعيب فكان الفسخ وجد منه، ولهذا قلنا فيما اذا فسخ الزوج النكاح لعيب المرأة قبل الدخول لا صداق لها كما لو فسخته ، وعلى هذا لا فرق بين الزيادة فى العين كالسمن والطول ونحوهما أو فى المعانى ، كتعلم الصناعة أو الكتابه أو القرآن أو علم أو اسلام أو قضاء دين عنه ، وبهذا قال محمد بن الحسن . وقال أبو حنيفة : الزيادة بتعليم القرآن وقضاء الدين عنه لا تمنع الرجوع

ولنا أنها زيادة لها مقابل من الثمن فمنعت الرجوع كالسمن وتعلم الصنعه ، وان زاد ببرئه من مرض أو صمم منع الرجوع كسائر الزيادات ، وان كانت زيادة العين أو التعلم لا يزيد فى قيمته شيئا أو ينقص منها لم يمنـــع الرجوع ، لان ذلك ليس بزيادة فى المـالية . وأما الزيادة المنفصلة كولد البهيمة وثمرة الشجرة وكسب العبد فلا تمنع الرجوع بغير اختلاف نعلمه ، والزيادة للولد لانها حادثة فى ملكه ولا تتبع فى الفسوخ فلا تتبع ههنا

وذكر القاضى وجها آخر أنها للأب وهو بعيد ، فإن كانت الزيادة ولد أمة لا يجوز التفريق بينه وبين أمه منع الرجوع ، لانه يلزم منه التفريق بينه وبين أمه وذلك محرم الا أن نقول ان الزيادة المنفصلة للأب فلا يمنع الرجوع لانه يرجع فيهما جميعا أو يرجع فى الام ويتملك الولد من مال ولده

(فصـــــل)

وان قصر العين أو فصلها فلم تزد قيمتها لم تمنع الرجوع ، لأن العين لم تزد ولا القيمة ، وان زادت قيمتها فهى زيادة متصله هل تمنع الرجوع أو لا ؟ ينبى على الروايتين فى السمنه ، ويحتمل أن تمنع هذه الزيادة الرجوع بكل حال ، لأنها حاصله بفعل الابن فجرت مجرى العين الحاصله بفعله بخلاف السمن فإنه يحتمل أن يكون للأب فلا يمنع الرجوع لانه نماء العين فيكون تابعا لها ؛ وان وهبه حاملا فولدت فى يد الابن فهى زيادة متصلة فى الولد ، ويحتمل أن يكون الولد زيادة منفصله اذا قلنا الحمل لا حكم له ، وان وهبه حاملا ثم رجع فيها حاملا جاز اذا لم تزد قيمتها ، وان زادت قيمتها فهى زيادة منفصله ، وان وهبته حائلا فحملت فهى زيادة منفصله وله الرجوع فيها دون حملها

وان قلنا ان الحمل لا حكم له فزادت به قيمتها فهى زيادة متصله ، وان لم تزد

قيمتها جاز الرجوع فيها ، وان وهبه نخلا فحملت فهي قبل التأبير زيادة متصلة وبعده زيادة منفصلة

(فصل) وان تلف بعض العين أو نقصت قيمتها لم يمنع الرجوع فيها : ولا ضمان على الابن فيما تلف منها ، لانها تتلف على ملكه ، وسواء تلف بفعل الابن أو بغير فعله ، وان جنى العبد جناية تعلق أرشها برقبته فهو كنقصانه بذهاب بعض أجزائه وللأب الرجوع فيه ، فإن رجع فيه ضمن أرش الجناية ، وان جنى على العبد فرجع الاب فيرجع الاب فيه فأرش الجناية عليه للابن لانه بمنزلة الزيادة المنفصلة

فان قيل فلو أراد الاب الرجوع في الرهن وعليه فكاكه لم يملك ذلك فكيف ملك الرجوع في العبد الجاني اذا أدى أرش جنايته ؟ قلنا الرهن يمنع التصرف في العين بخلاف الجنايه ، ولان فك الرهن فسخ لعقد عقده الموهوب له ، وههنا لم يتعلق الحق به من جهة العقد فافترقا

(فصل) والرجوع في الهبة أن يقول: قد رجعت فيها أو ارتجعتها أو ارتددتها أو نحو ذلك من الالفاظ الدالة على الرجوع ولا يحتاج الى حكم حاكم ، وبهذا قال الشافعي : وقال أبو حنيفة : لا يصح الرجوع الا بقضاء قاض ، لأن ملك الموهوب له مستقر .

ولنا أنه خيار في فسخ عقد فلم يفتقر الى قضاء كالفسخ بخيار الشرط ، فأما ان أخذ ما وهبه لولده ، فان نوى به الرجوع كان رجوعا والقول قوله في نيته ، وان لم يعلم هل نوى الرجوع أو لا وكان ذلك بعد موت الاب ، فان لم توجد قرينة تدل على الرجوع لم يحكم بكونه رجوعا ، لان الاخذ يحتمل الرجوع وغيره فلا نزيل حكما يقينيا بأمر مشكوك فيه ، وان اقترنت به قرائن دالة على الرجوع ففيه وجهان

أحدهما يكون رجوعا ، اختاره ابن عقيل ؛ لاننا اكتفينا في العقد بدلالة الحال ففي الفسخ أولى ، ولان لفظ الرجوع إنما كان رجوعا لدلالته عليه ، فكذلك كل ما دل عليه : والآخر لا يكون رجوعا ، وهو مذهب الشافعي ، لأن الملك ثابت للموهوب له يقينا فلا يزول الا بالصريح ، ويمكن أن يبنى هذا على نفس العقد ، فمن أوجب الايجاب والقبول فيه لم يكتف ههنا الا بلفظ يقتضي زواله ، ومن اكتفى في العقد بالمعاطاة الدالة على الرضا به فههنا أولى : وان نوى الرجوع من

غير فعل ولا قول لم يحصل الرجوع وجهاً واحداً . لأنه إثبات الملك على مال مملوك لغيره فلم يحصل بمجرد النية كسائر العقود ، وإن علق الرجوع بشرط فقال : إذا جاء رأس الشهر فقد رجعت فى الهبة لم يصح . لأن الفسخ للعقد لا يقف على شرط كما لا يقف العقد عليه .

« مسألة » { فإن مات ولم يردده فقد ثبت لمن وهب له إذا كان ذلك فى صحته }

يعنى إذا فاضل بين ولده فى العطايا أو خص بعضهم بعطية ثم مات، قبل أن يسترده ثبت ذلك للموهوب له ولزم وليس لبقية الورثة الرجوع، هذا المنصوص عن أحمد فى رواية محمد بن الحكم والميمونى وهو اختيار الخلال وصاحبه أبى بكر وبه قال مالك والشافعى وأصحاب الرأى وأكثر أهل العلم ، وفيه رواية أخرى عن أحمد أن لسائر الورثة أن يرتجعوا ما وهبه ، اختاره ابن بطة وأبو حفص العكبريان وهو قول عروة بن الزبير وإسحاق

وقال أحمد : عروة قد روى الأحاديث الثلاثة : حديث عائشة وحديث عمر وحديث عثمان ، وتركها وذهب الى حديث النبى صلى الله عليه وسلم « يرد فى حياة الرجل وبعد موته» وهذا قول إسحاق : الا أنه قال : إذا مات الرجل فهو ميراث بينهم لا يسع أن ينتفع أحد بما أعطى دون إخوته وأخواته ، لأن النبى (ص) سمى ذلك جوراً بقوله « لا تشهدنى على جور » والجور حرام لا يحل للفاعل فعله ولا للمعطى تناوله ، والموت لا يغيره عن كونه جوراً حراما فيجب رده ، ولأن أبا بكر وعمر أمرا قيس بن سعد أن يرد قسمة أبيه حين ولد له ولد ولم يكن علم به ولا أعطاه شيئا ، وكان ذلك بعد موت سعد ، فروى سعيد بإسناده من طريقين أن سعد بن عبادة قسم ماله بين أولاده وخرج الى الشام فمات بها، ثم ولد بعد ذلك ولد ، فمشى أبو بكر وعمر رضى الله عنهما الى قيس بن سعد فقالا : ان سعدا قسم ماله ولم يدر ما يكون ، وانا نرى أن ترد هذه القسمة ، فقال قيس لم أكن لأغير شيئا صنعه سعد ولكن نصيبى له ، وهذا معنى الخبر

ووجه القول الأول قول أبى بكر رضى الله عنه لعائشة لما نحلها نحلا وددت لو أنك كنت حزتيه ، فدل على أنها لو كانت حازته لم يكن له الرجوع

وكذلك قول عمر لا نحلة إلا نحلة يحوزها الولد دون الوالد ولأنها عطية لولده، فلزمت بالموت كما لو انفرد .

وقوله : إذا كان ذلك فى صحته ، يدل على أن عطيته فى مرض موته لبعض ورثته لاتنفذ ، لان العطايا فى مرض الموت بمنزلة الوصية فى أنها تعتبر من الثلث إذا كانت لأجنبي إجماعا فكذلك لا تنفذ فى حق الوارث ، قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم أن حكم الهبات فى المرض الذى يموت فيه الواهب حكم الوصايا ، هذا مذهب المدينى والشافعى والكوفى ، فإن أعطى أحد بنيه فى صحته ثم أعطى الآخر فى مرضه فقد توقف أحمد فيه فانه سئل عمن زوج ابنه فأعطى عنه الصداق ثم مرض الأب وله ابن آخر هل يعطيه فى مرضه كما أعطى الآخر فى صحته فقال لو كان أعطاه فى صحته ، فيحتمل وجهين .

أحدهما : لا يصح . لأن عطيته فى مرضه كوصيته ولو وصى له لم يصح فكذلك إذا أعطاه .

والثانى : يصح . لان التسوية بينهما واجبة ولا طريق لها فى هذا الموضع إلا بعطية الآخر فتكون واجبة فتصح كقضاء دينه .

(فصل)

قال أحمد أحب أن لايقسم ماله . ويدعه على فرائض الله تعالى لعله أن يولد له فإن أعطى ولده ماله ثم ولد له ولد فأعجب إلى أن يرجع فيسوى بينهم يعنى يرجع فى الجميع أو يرجع فى بعض ماأعطى كل واحد منهم ليدفعوه الى هذا الولد الحادث ليساوى إخوته ، فإن كان هذا الولد الحادث بعد الموت لم يكن له الرجوع على إخوته ، لأن العطية لزمت بموت أبيه إلا على الرواية الأخرى التى ذهب اليها أبو عبد الله بن بطة ، ولا خلاف فى أنه يستحب لمن أعطى أن يساوى أخاه فى عطيته ولذلك أمر أبو بكر وعمر رضى الله عنهما قيس بن سعد برد قسمة أبيه ليساووا المولود الحادث بعد موت أبيه .

(فصل) وللأب أن يأخذ من مال ولده ما شاء ، ويتملكه مع حاجة الأب إلى ما يأخذه ومع عدمها صغيراً كان الولد أو كبيراً بشرطين .

أحدهما : أن لا يجحف بالإبن ولا يضر به ولا يأخذ شيئاً تعلقت به حاجته .

الثانى : أن لا يأخذ من مال ولده فيعطيه الآخر ، نص عليه أحمد فى رواية إسماعيل بن سعيد وذلك لأنه ممنوع من تخصيص بعض ولده بالعطية من مال نفسه فلأن يمنع من تخصيصه بما أخذ من مال ولده الآخر أولى .

وقد روى أن مسروقا زوج ابنته بصداق عشرة آلاف فأخذها وأنفقها فى سبيل الله وقال للزوج جهز امرأتك ، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعى : ليس له أن يأخذ من مال ولده الا بقدر حاجته ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا فى شهركم هذا » متفق عليه . وروى الحسن أن النبى (ص) قال « كل أحد أحق بكسبه من والده وولده والناس اجمعين » رواه سعيد فى سننه وهذا نص .

وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا يحل مال إمرىء مسلم إلا عن طيب نفسه » رواه الدارقطنى . ولأن ملك الابن تام على مال نفسه فلم يجز انتزاعه منه كالذى تعلقت به حاجته .

ولنا ما روت عائشة رضى الله عنها قالت . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان أطيب ما أكلتم من كسبكم وان أولادكم من كسبكم » أخرجه سعيد والترمذى وقال حديث حسن ، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : جاء رجل إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : إن أبى اجتاح مالى فقال « أنت ومالك لأبيك » رواه الطبرانى فى معجمه مطولا ، ورواه غيره وزاد « ان أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من أموالهم » .

وروى محمد بن المنكدر والمطلب بن حنطب قال : جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ان لى مالا وعيالا ولأبى مال وعيال وأبى يريد أن يأخذ مالى ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » أخرجه سعيد فى سننه ، ولأن الله تعالى جعل الولد موهوبا لأبيه فقال (ووهبنا له إسحاق ويعقوب) وقال (ووهبنا له يحيى) وقال زكريا (رب هب لى من لدنك ولياً) وقال إبراهيم (الحمد لله الذى وهب لى على الكبر إسماعيل وإسحاق وما كان موهوبا له كان له أخذ ماله كعبده .

وقال سفيان بن عيينة فى قوله (ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم

أو بيوت آبائكم) ثم ذكر بيوت سائر القرابات إلا الأولاد لم يذكرهم لأنهم دخلوا فى قوله (بيوتكم) فلما كانت بيوت أولادهم كبيوتهم لم يذكر بيوت أولادهم ، ولأن الرجل يلي مال ولده من غير تولية فكان له التصرف فيه كمال نفسه وأما أحاديثهم فأحاديثنا تخصها وتفسرها فإن النبى صلى الله عليه وسلم جعل مال الابن مالا لأبيه بقوله « أنت ومالك لأبيك » فلا تنافى بينهما ، وقوله « أحق به من والده وولده » مرسل ثم هو يدل على ترجيح حقه على حقه لا على نفى الحق بالكلية والولد أحق من الوالد بما تعلقت به حاجته .

{ فصـــل }

وليس للولد مطالبة أبيه بدين عليه ، وبه قال الزبير بن بكار وهو مقتضى قول سفيان بن عيينه ، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعى له ذلك ، لأنه دين ثابت فجازت المطالبة كغيره .

ولنا أن رجلا جاء إلى النبى صلى الله عليه وسلم بأبيه يقتضيه دينا عليه فقال « أنت ومالك لأبيك » رواه أبو محمد الخلال بإسناده ، وروى الزبير بن بكار فى كتاب الموفقيات بإسناده أن رجلا استقرض من ابنه مالا فحبسه فأطال حبسه فاستعدى عليه الابن على بن أبى طالب رضى الله عنه وذكر قصته فى شعر فأجابه أبوه بشعر أيضا فقال على رضى الله عنه :

قد سمع القاضى ومن ربى الفهم المـــال للشيخ جزاء بالنعم
يأكله برغم أنف من رغم من قال قولا غير ذا فقد ظلم
وجار فى الحكم وبئس ما جرم

قال الزبير : إلى هذا نذهب ولأن المال أحد نوعى الحقوق فلم يملك مطالبة أبيه بها كحقوق الأبدان ، ويفارق الأب غيره بما ثبت له من الحق على ولده وان مات الابن فانتقل الدين إلى ورثته لم يملكوا مطالبة الاب به ، لان موروثهم لم يكن له المطالبة فهم أولى ، وان مات الأب رجع الابن فى تركته بدينه ، لأن دينه لم يسقط عن الاب وانما تأخرت المطالبة .

وقد روى عن أحمد أنه قال : إذا مات الأب بطل دين الابن ، وقال فيمن

أخذ من مهر ابنته شيئاً فأنفقه فليس عليه شيء ولا يؤخذ من بعده وما أصابت من المهر من شيء بعينه أخذته ، وتأول بعض أصحابنا كلامه على أن له ما أخذه على سبيل التمليك ، ويحتمل أن يكون أخذه له وإنفاقه إياه دليلا على قصد التملك فيثبت الملك بذلك الأخذ والله أعلم .

(فصل) وان تصرف الأب فى مال الابن قبل تملكه لم يصح تصرفه نص عليه أحمد فقال : لا يجوز عتق الأب لعبد ابنه مالم يقبضه ، فعلى هذا لا يصح إبراؤه من دينه ولا هبته لماله ولا بيعه له وذلك لأن ملك الابن تام على مال نفسه يصح تصرفه فيه ويحل له وطء جواريه ، ولو كان الملك مشتركا لم يحل له الوطء كما لا يجوز وطء الجارية المشتركة . وإنما للأب انتزاعه منه كالعين التى وهبها إياه فقبل انتزاعها لا يصح تصرفه لأنه يتصرف فى ملك غيره بغير ولاية . وإن كان الابن صغيراً لم يصح أيضاً لأنه لا يملك التصرف بما لا حظ للصغير فيه وليس من الحظ إسقاط دينه وعتق عبده وهبة ماله .

فصل

قال أحمد بين الرجل وبين ولده ربا لما ذكرناه من أن ملك الابن على ماله تام وقال . لا يطأ جارية الابن إلا أن يقبضها يعنى يتملكها ، وذلك لأنه إذا وطئها قبل تملكها فقد وطئها وليست زوجة ولا ملك يمين وإن تملكها لم يحل له وطؤها حتى يستبرئها لانه ابتداء ملك فوجب الاستبراء فيه كما لو اشتراها ، وان كان الابن قد وطئها لم تحل له بحال ، وان وطئها قبل تملكه كان محرما من وجهين .

أحدهما : أنه وطئها قبل ملكها .

والثانى : أنه وطئها قبل استبرائها ، وان كان الابن وطئها حرمت بوجه ثالث وهى أنها صارت بمنزلة حليلة ابنه فان فعل فلا حد عليه لشبهة الملك فإن النبى صلى الله عليه وسلم أضاف مال الولد الى أبيه فقال « أنت ومالك لأبيك » وان ولدت منه صارت أم ولد له وولده حر لأنه من وطء انتفى عنه الحد للشبهة وتصير أم ولد وليس للابن مطالبته بشيء من قيمتها ولا قيمة ولدها ولا مهرها ، وهل يعزر ؟ يحتمل وجهين :

أحدهما : يعزر لأنه وطىء وطأ محرماً أشبه مالو وطىء جارية مشتركة بينه وبين غيره .

والثانى : لايعزر لانه لايقتص منه بالجناية على ولده فلا يعزر بالتصرف فى ماله

(فصل) وليس لغير الأب الأخذ من مال غيره بغير إذنه لأن الخبر ورد فى الاب بقوله « أنت ومالك لأبيك » ، ولا يصح قياس غير الاب عليه لان للأب ولاية على ولده وماله إذا كان صغيراً وله شفقة تامة وحق متأكد ولا يسقط ميراثه بحال والام لا تأخذ لأنها لا ولاية لها والجد أيضا لا يلى على مال ولد ابنه وشفقته قاصرة عن شفقة الأب ويحجب به فى الميراث . وفى ولاية النكاح وغيرها من الأقارب والأجانب ليس لهم الأخذ بطريق التنبيه لأنه إذا امتنع الأخذ فى حق الأم والجد مع مشاركتهما للأب فى بعض المعانى فغيرهما ممـا لا يشارك الاب فى ذلك أولى .

« مسألة » قال (ولا يحل لواهب أن يرجع فى هبته ولا لمهد أن يرجع فى هديته وان لم يثب عليها)

يعنى وان لم يعوض عنها ، وأراد من عدا الأب لأنه قد ذكر أن للأب الرجوع بقوله أمر برده : فأما غيره فليس له الرجوع فى هبته ولا هديته ، وبهذا قال الشافعى وأبو ثور ، وقال النخعى والثورى واسحاق وأصحاب الرأى من وهب لغير ذى رحم فله الرجوع مالم يثب عليها ومن وهب لذى رحم فليس له الرجوع ، وروى ذلك عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه .

واحتجوا بما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الرجل أحق بهبته مالم يثب منها » رواه ابن ماجه فى سننه وبقول عمر : ولأنه لم يحصل له عنها عوض لجاز له الرجوع فيها كالعارية .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « العائد فى هبته كالعائد فى قيئه » وفى لفظ « كالكلب يعود فى قيئه » وفى رواية « أنه ليس لنا مثل السوء، العائد فى هبته كالكلب يعود فى قيئه » متفق عليه ، وأيضا قول النبى صلى الله عليه وسلم « ليس لاحد أن يعطى عطية فيرجع فيها الا الوالد فيما يعطى ولده » ، وقد ذكرناه .

وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن نبي الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يرجع واهب في هبته إلا الوالد فيما يعطي ولده » ولأنه واهب لا ولاية له في المال فلم يرجع في هبته كذي الرحم المحرم ، وأحاديثنا أصح من أحاديثهم وأولى ، وقول عمر قد روى عن ابنه وابن عباس خلافه ، وأما العارية فإنما هي هبة المنافع ولم يحصل القبض فيها فان قبضها باستيفائها فنظير مسألتنا ما استوفى من منافع العارية فإنه لا يجوز الرجوع فيها .

(فصل) لحصل الاتفاق على أن ما وهبه الانسان لذوى رحمه المحرم غير ولده لا رجوع فيه ، وكذلك ما وهب الزوج لامرأته والخلاف فيما عدا هؤلاء فعندنا لا يرجع إلا الوالد وعندهم لا يرجع إلا الاجنبي ، فأما هبة المرأة لزوجها فعن أحمد فيه روايتان .

إحداهما : لا رجوع لها فيها وهذا قول عمر بن عبد العزيز والنخعي وربيعة ومالك والثوري والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وهو قول عطاء وقتادة .

والثانية : لها الرجوع ، قال الأثرم سمعت أحمد يسأل عن المرأة تهب ثم ترجع فرأيته يجعل النساء غير الرجال ثم ذكر الحديث « انما يرجع في المواهب النساء وشرار الأقوام » وذكر حديث عمر « أن النساء يعطين أزواجهن رغبة ورهبة وأيما امرأة أعطت زوجها شيئا ثم أرادت أن تعتصره فهي أحق به » رواه الاثرم بإسناده وهذا قول شريح والشعبي وحكاه الزهري عن القضاة ، وعن أحمد رواية أخرى ثالثة نقلها أبو طالب إذا وهبت له مهرها فان كان سألها ذلك رده إليها رضيت أو كرهت لانها لا تهب إلا مخافة غضبه أو اضرار بها بأن يتزوج عليها وان لم يكن سألها وتبرعت به فهو جائز، فظاهر هذه الروايه أنه متى كانت مع الهبه قرينة من مسألته لها أو غضبه عليها أو ما يدل على خوفها منه فلها الرجوع لان شاهد الحال يدل على أنها لم تطب بها نفسها وانما أباحه الله تعالى عند طيب نفسها بقوله تعالى (فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئاً) وظاهر كلام الخرقي الرواية الاولى وهو اختيار أبي بكر لقول الله تعالى (الا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) وقال تعالى (فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا) وعموم الاحاديث التي قدمناها .

(فصل) ولا يجوز للمتصدق الرجوع في صدقته في قولهم جميعا لأن عمر قال في حديثه ، من وهب هبة على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها ، مع عموم أحاديثنا فاتفق دليلهم ودليلنا فلذلك اتفق قولهم وقولنا .

(فصل) والهبة المطلقة لا تقتضي ثوابا سواء كانت من الإنسان لمثله أو دونه أو أعلى منه وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي في الهبة لمثله أو دونه كقولنا : فإن كانت لأعلى منه ففيها قولان .

أحدهما : أنها تقتضي الثواب وهو قول مالك لقول عمر رضي الله عنه ، ومن وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها .

ولنا أنها عطية على وجه التبرع فلم تقتض ثوابا كهبة المثل والوصية وحديث عمر قد خالفه ابنه وابن عباس ، فإن عوضه عن الهبه كانت هبة مبتدأة لا عوضا أيهما أصاب عيبا لم يكن له الرد ، وإن خرجت مستحقة أخذها صاحبها ولم يرجع الموهوب له ببدلها فإن شرط في الهبه ثوابا معلوما صح نص عليه أحمد لأنه تمليك بعوض معلوم فهو كالبيع ، وحكمها حكم البيع في ضمان الدرك وثبوت الخيار والشفعه وبهذا قال أصحاب الرأي ولأصحاب الشافعي قول إنه لا يصح لأنه شرط في الهبه ما ينافي مقتضاها .

ولنا أنه تمليك بعوض فصح كما لو قال ملكتك هذا بدرهم فإنه لو أطلق التمليك كان هبة وإذا ذكر العوض صار بيعا ، وقال أبو الخطاب ، وقد روى عن أحمد ما يقتضي أن يغلب في هذا حكم الهبه فلا تثبت فيها أحكام البيع المختصة به ، فأما ان شرط ثوابا مجهولا لم يصح وفسدت الهبه وحكمها حكم البيع الفاسد يردها الموهوب له بزيادتها المتصلة والمنفصلة لأنه نماء ملك الواهب ، وإن كانت تالفة رد قيمتها وهذا قول الشافعي وأبي ثور ، وظاهر كلام أحمد رحمه الله أنها تصح فإذا أعطاه عنها عوضا رضيه لزم العقد بذلك فانه قال في رواية محمد بن الحكم إذا قال الواهب هذا لك على أن تثيبني فله أن يرجع إذا لم يثبه لأنه شرط ، وقال في رواية إسماعيل بن سعيد إذا وهب له على وجه الاثابة فلا يجوز إلا أن يثيبه عنها فعلى هذا عليه أن يعطيه حتى يرضيه فان لم يفعل فللواهب الرجوع ويحتمل أن

يعطيه قدر قيمتها ، والأول أصح ، لأن هذا بيع فيعتبر فيه التراضي إلا أنه بيع بالمعاطاة فاذا عوضه عوضا رضيه حصل البيع بما حصل من المعاطاة مع التراضي بها ، وإن لم يحصل التراضي لم تصح لعدم العقد فانه لم يوجد الايجاب والقبول ولا المعاطاة مع التراضي ، والأصل في هذا قول عمر رضي الله عنه من وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها اذا لم يرض منها ، وروى معنى ذلك عن علي وفضالة بن عبيد ومالك بن أنس وهو قول الشافعي على القول الذي يرى أن الهبة المطلقة تقتضي ثوابا .

وقد روى أبو هريرة أن أعرابيا وهب للنبي صلى الله عليه وسلم ناقة فأعطاه ثلاثا فأبى فزاده ثلاثا فأبى فزاده ثلاثا فلما كملت تسعا قال رضيت ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « لقد هممت ان لا أتهب الا من قرشي او أنصاري أو ثقفي أو دوسي » من المسند ، قال احمد إذا تغيرت العين الموهوبه بزيادة او نقصان ولم يثبه منها فلا ارى عليه نقصان ما نقص عنده اذا رده إلى صاحبه إلا ان يكون ثوبا لبسه او غلاما استعمله او جارية استخدمها فأما غير ذلك إذا نقص فلا شيء عليه فكان عندي مثل الرهن . الزيادة والنقصان لصاحبه

« مسألة » قال (وإذا قال داري لك عمري او هي لك عمرك فهي له ولورثته من بعده)

العمرى والرقبى نوعان من الهبة يفتقران إلى ما يفتقر إليه سائر الهبات من الايجاب والقبول والقبض او مايقوم مقام ذلك عند من اعتبره : وصورة العمرى ان يقول الرجل أعمرتك داري هذه او هي لك عمري او ما عشت او مدة حياتك او ما حييت او نحو هذا ، سميت عمرى لتقييدها بالعمر ، والرقبى ان يقول أرقبتك هذه الدار او هي لك حياتك على انك ان مت قبلي عادت الي ، وان مت قبلك فهي لك ولعقبك، فكأنه يقول هي لآخرنا موتا وبذلك سميت رقبى لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه ، وكلاهما جائز في قول اكثر اهل العلم ، وحكي عن بعضهم انها لا تصح لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تعمروا ولا ترقبوا » .

ولنا ما روى جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « العمرى جائزة لأهلها والرقبى جائزة لأهلها » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن ، فأما النهي فإنما ورد على سبيل الإعلام لهم إنكم إن أعمرتم أو أرقبتم يعد للمعمر والمرقب ولم يعد إليكم منه شيء ، وسياق الحديث يدل عليه فإنه قال « فمن أعمر عمرى فهي لمن أعمرها حيا وميتا وعقبه » ولو أريد به حقيقة النهي لم يمنع ذلك صحتها فإن النهي إنما يمنع صحة ما يفيد المنهي عنه فائدة ، أما إذا كان صحة المنهي عنه ضرراً على مرتكبه لم يمنع صحته كالطلاق في زمن الحيض ، وصحة العمرى ضرر على المعمر فإن ملكه يزول بغير عوض ، إذا ثبت هذا فإن العمرى تنقل الملك إلى المعمر وبهذا قال جابر ابن عبد الله وابن عمر وابن عباس وشريح ومجاهد وطاوس والثوري والشافعي وأصحاب الرأي . وروى ذلك عن علي

وقال مالك والليث العمرى تمليك المنافع لا تملك بها رقبة المعمر بحال ويكون للمعمر السكنى فإذا مات عادت إلى المعمر ، وإن قال له ولعقبه كان سكناها لهم فإذا انقرضوا عادت إلى المعمر واحتجا بما روى يحيى بن سعيد عن عبد الرحمن ابن القاسم قال : سمعت مكحولا يسأل القاسم بن محمد عن العمرى ما يقول الناس فيها ؟ فقال القاسم ما أدركت الناس إلا على شروطهم في أموالهم وما أعطوا ، وقال إبراهيم بن إسحاق الحربي عن ابن الأعرابي لم يختلف العرب في العمرى والرقبى والافقار والأخبال والمنحة والعرية والعارية والسكنى والاطراق إنها على ملك أربابها ومنافعها لمن جعلت له ، ولأن التمليك لا يتأقت كما لو باعه إلى مدة فإذا كان لا يتأقت حمل قوله على تمليك المنافع لأنه يصح توقيته .

ولنا ما روى جابر قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم « أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها فإنه من أعمر عمرى فهي للذي أعمرها حيا وميتا ولعقبه » رواه مسلم ، وفي لفظ قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعمرى لمن وهبت له ، متفق عليه ، وروى ابن ماجه عن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا رقبى فمن أرقب شيئا فهو له حياته وموته » وعن زيد بن ثابت أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل العمرى للوارث .

وقد روى مالك حديث العمرى في موطئه وهو صحيح رواه جابر وابن عمر

وابن عباس ومعاوية وزيد بن ثابت وأبو هريرة ، وقول القاسم لا يقبل في مخالفة من سمينا من الصحابة والتابعين فكيف يقبل في مخالفة قول سيد المرسلين ولا يصح أن يدعى إجماع أهل المدينة لكثرة من قال بها منهم وقضى بها طارق بالمدينة بأمر عبد الملك بن مروان، وقول ابن الاعرابي أنها عند العرب تمليك المنافع لا يضر اذا نقلها الشرع الى تمليك الرقبة كما نقل الصلاة من الدعاء الى الافعال المنظومة ، ونقل الظهار والايلاء من الطلاق الى أحكام مخصوصة، قولهم ان التمليك لا يتأقت قلنا فلذلك أبطل الشرع تأقيتها وجعلها تمليكا مطلقا .

(فصــــل)

إذا شرط في العمرى أنها للعمر وعقبه فهذا تأكيد لحكمها وتكون للمعمر وورثته وهذا قول جميع القائلين بها واذا أطلقها فهي للمعمر وورثته أيضا لأنها تمليك الرقبة فأشبهت الهبة فإن شرط أنك اذا مت فهي لي فعن أحمد روايتان :

احداهما : صحة العقد والشرط ومتى مات المعمر رجعت الى المعمر وبه قال القاسم بن محمد وزيد بن قسيط والزهري ومالك وأبو سلمة بن عبد الرحمن وابن ابي ذئب ومالك وأبو ثور وداود وهو أحد قولي الشافعي لما روى جابر قال : انما العمرى التي أجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقول هي لك ولعقبك ، فأما اذا قال هي لك ما عشت فانها ترجع الى صاحبها ، متفق عليه ، وروى مالك في موطئه عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فانها للذى أعطيها لا ترجع الى الذى أعطاها ، لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث ، وقال القاسم بن محمد ما أدركت الناس الا على شروطهم في أموالهم (والرواية الثانية) انها تكون للمعمر ولورثته ويسقط الشرط وهذا قول الشافعي الجديد وقول أبي حنيفة وهو ظاهر المذهب نص عليه أحمد في رواية أبي طالب للأحاديث المطلقة التي ذكرناها وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا رقبى فمن أرقب شيئا فهو له في حياته وموته » وقال مجاهد الرقبى ان يقول هي للآخر مني ومنك موتا .

وروى الإمام أحمد بإسناده عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لا عمرى ولا رقبى فمن أعمر شيئا او أرقبه فهو له حياته وموته » وهذا صريح في ابطال

الشرط لأن الرقبى يشترط فيها عودها الى المرقب ان مات الآخر قبله . وأما حديثهم الذى احتجوا به فمن قول جابر نفسه .

وأما نقل لفظ النبى (ص) قال « أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها ، فإنه من أعمر عمرى فهى للذى أعمرها حيا وميتا ولعقبه » ولأنا لو أجزنا هذا الشرط كانت هبة مؤقتة والهبة لا يجوز فيها التأقيت ولم يفسدها الشرط ، لأنه ليس بشرط على المعمر ، وانما شرط ذلك على ورثته ، ومتى لم يكن الشرط مع المعقود معه لم يؤثر فيه

وأما قوله فى الحديث الآخر انه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث ، فهذه الزيادة من كلام أبى سلمة بن عبد الرحمن ، كذلك رواه ابن أبى ذئب : وفصل هذه الزيادة فقال عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قضى فيمن أعمر عمرى له ولعقبه فهى له بتلة لا يجوز للمعطى فيها شرط ولا مثنويه : قال أبو سلمه لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث

فصل

والرقبى هى أن يقول : هذا لك عمرك ، فان مت قبلى رجع الىّ ، وان مت قبلك فهو لك ، ومعناه هى لآخرنا موتا ، وكذلك فسرها مجاهد ، سميت رقبى لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه

وقد روى عن أحمد أنه قال : هى أن يقول : هى لك حياتك فإذا مت فهى لفلان أو هى راجعة الى ، والحكم فيها على ما تقدم ذكره ، وانها كالعمرى اذا شرط عودها الى المعمر ، وقال على رضى الله عنه : العمرى والرقبى سواء ؛ وقال طاوس : من أرقب شيئا فهو على سبيل الميراث . وقال الزهرى : الرقبى وصيه ، يعنى أن معناها اذا مت فهذا لك

وقال الحسن ومالك وأبو حنيفه : الرقبى باطلة لما روى أن النبى (ص) أجاز العمرى وأبطل الرقبى ، ولأن معناها أنها للآخر منا ، وهذا تمليك معلق بخطر ، ولا يجوز تعليق التمليك بالخطر

ولنا ما رويناه من الأخبار ، وحديثهم لا نعرفه ولا نسلم أن معناها ما ذكروه بل معناها أنها لك حياتك فإن مت رجعت إليّ فتكون كالعمرى سواء ، إلا أنه زاد شرطها لورثة المرقب ان مات المرقب قبله ، وهذا يبين تأكيدها على العمرى

(فصــــل)

وتصح العمرى فى غير العقار من الحيوان والثياب ، لأنها نوع هبة فصحت فى ذلك كسائر الهبات .

وقد روى عن أحمد فى الرجل يعمر الجاريه فلا أرى له وطأها .

قال القاضى : لم يتوقف أحمد عن وطء الجارية لعدم الملك فيها ، لكن على طريق الورع لأن الوطء استباحة فرج . وقد اختلف فى صحة العمرى وجعلها بعضهم تمليك المنافع فلم ير له وطأها لهذا ، ولو وطئها كان جائزاً

(فصــل) وان وقت الهبة الى غير العمرى والرقبى فقال : وهبتك هذا لسنة أو إلى أن يقدم الحاج أو الى أن يبلغ ولدى أو مدة حياة فلان ونحو هذا لم يصح لأنها تمليك الرقبة فلم تصح مؤقتة كالبيع ، وتفارق العمرى والرقبى لأن الإنسان إنما يملك الشيء عمره ، فإذا ملكه عمره فقد وقته بما هو موقت به فى الحقيقة فصار ذلك كالمطلق ، وان شرط رجوعها اليه بعد ذلك كان شرطاً على غير الموهوب له بخلاف غيره .

« مسأله » قال (وان قال سكناها لك عمرك كان له أخذها أى وقت أحب لأن السكنى ليست كالعمرى والرقبى)

أما اذا قال سكنى هذه الدار لك عمرك أو اسكنها عمرك أو نحو ذلك فليس ذلك بعقد لازم لانه فى التحقيق هبة المنافع ، والمنافع انما تستوفى بمضى الزمان شيئا فشيئا فلا تلزم الا فى قدر ماقبضه منها واستوفاه بالسكنى، وللمسكن الرجوع متى شاء ، وأيهما مات بطلت الإباحة ، وبهذا قال أكثر العلماء وجماعة أهل الفتوى ، منهم الشعبى والنخعى والثورى والشافعى واسحاق وأصحاب الرأى ، وروى معنى ذلك عن حفصة .

وقال الحسن وعطاء وقتادة : هي كالعمرى تكون له ولعقبه لأنها في معنى العمرى فيثبت فيها مثل حكمها . وحكى عن الشعبي أنه اذا قال : هي لك اسكن حتى تموت ، فهى له حياته وموته ، وان قال داري هذه اسكنها حتى تموت فإنها ترجع الى صاحبها ، لانه اذا قال هي لك فقد جعل له رقبتها فتكون عمرى ، فإذا قال اسكن داري هذه ، فإنما جعل له نفعها دون رقبتها فتكون عاريه

ولنا أن هذا اباحة المنافع فلم يقع لازما كالعاريه وفارق العمرى فإنها هبة الرقبة ، فأما اذا قال هذه لك اسكنها حتى تموت فانه يحتمل لك سكناها حتى تموت وتفسيرها بذلك دليل على أنه أراد السكنى ، فأشبه ما لو قال : هذه لك سكناها ، واذا احتمل أن يريد به الرقبة واحتمل أن يريد السكنى فلا تزيل ملكه بالاحتمال

(فصل) اذا وهب هبة فاسدة أو باع بيعاً فاسداً ثم وهب تلك العين أو باعها بعقد صحيح مع علمه بفساد الاول صح العقد الثاني لأنه تصرف في ملكه عالما بأنه ملكه : وان كان يعتقد صحة العقد الاول ففي صحة الثاني وجهان

أحدهما : صحته لأن تصرفه صادف ملكه وتم بشروطه ، فصح كما لو علم فساد الاول . والثاني لا يصح لانه تصرف تصرفا يعتقد فساده فسد ، كما لو صلى يعتقد أنه محدث فبان متطهراً ، وهكذا لو تصرف في عين يعتقد أنها لأبيه فبان أنه قد مات وملكها بالميراث ، أو غصب عينها فباعها يعتقدها مغصوبة فبان أنها ملكه فعلى الوجهين .

قال القاضي : أصل الوجهين من باشر امرأة بطلاق يعتقدها أجنبية فبانت امرأته أو واجه بالعتق من يعتقدها حرة فبانت أمته ، ففي وقوع الطلاق والحرية روايتان ، وللشافعيه في هذه المسائل وجهان كما حكينا والله أعلم

(تم الجزء الخامس بعون الله ويليه الجزء السادس ان شاء الله)

(فهرس الجزء الخـــامس من المحلى)

٣ كتاب الشركة ٤ مشاركة اليهودى والنصرانى شركة الابدان
٧ رجلان لكل واحد دابة ٨ إن دفع رجل دابته الى آخر . قفيز الطحان
١١ ان اشترك ثلاثة من أحدهم دابة ١٢ ان اشترك بدنان بمال أحدهما
١٤ اشتراك بدنين بماليهما ١٥ الحكم فى النقرة والشركة بالفلوس
١٦ رأس مال الشركة لا يجوز بمجهول ١٧ متى وقعت الشركة فاسدة : ما العمل ؟
١٨ ليس للشريك مكاتبة الرقيق ٢٠ مال المضاربه ٢١ موت أحد الشريكين
٢١ اشتراك بدن ومال ٢٣ اشتراك مالين وبدن ـــ اذا دفع مضاربة
٢٤ شرط العمل ٢٥ شركة المفاوضة ـــ الربح على ما اصطلحا عليه
٢٦ شركة العنان وشركة الابدان وشركة الوجوه ٢٧ شركة المضـاربة
٣٠ دفع مال الى اثنين ـــ إن قارض اثنان واحداً
٣٠ شرط جزء من الربح لغير العامل ٣١ الوضيعه على قدر المال أى الخسارة
٣٢ جعل فضل دراهم لاحد الشركاء ـــ دفع ألفين مضاربه
٣٣ المضارب اذا باع بنسيئه ٣٦ حكم المضارب كحكم الوكيل
٣٦ البيع والشراء بغير نقد البلد ٣٧ شراء المعيب ـــ شراء من يعتق
٣٨ اشترى امرأة رب المـال ـــ ان اشترى المأذون له
٣٩ ان اشترى المضارب من يعتق عليه ـــ الشراء بأكثر من رأس المال
٣٩ وطء أمة من المضاربه ٤٠ تزويج الامة ـــ دفع المضارب المال الى آخر
٤٢ الإذن فى دفع المـال مضاربه ـــ خلط مال المضاربه ـــ شراء خمر أو خنزير
٤٣ اذا ضارب لرجل لم يجز أن يضارب لآخر
٤٤ دفع المضاربه واشتراط النفقه ـــ أخذ مضاربه ثم أخذ بضاعه
٤٤ اذا أخذ مائة قراضا ثم أخذ من آخر ٤٥ تعدى المضارب
٤٦ تولى العامل ما يتولاه المضارب ٤٧ سرقة مال المضاربة
٤٧ من اشترى عبداً فقتل ـــ ربح المضارب ٤٨ اذا ضاع خسر
٤٩ شراء رب المال من مال المضاربه ـــ شراء المضارب من المضاربه
٤٩ شراء أحد الشريكين واستئجاره

٥٠ من ربح فى احدى السلعتين وخسر فى الأخرى
٥١ الاذن فى ضم احدى المضاربتين — المضارب يربح ويخسر
٥٢ من قارض فى مرضه ـ اذا مات رب المال ٥٣ الفضل فى يد المضارب
٥٣ المطالبه بقسمة الربح ٥٤ المضاربه من العقود الجائزة ٥٥ انفساخ القراض
٥٦ تلف المال قبل الشراء ٥٧ الربح بينهما والوضيعة على المال
٥٧ الشروط فى المضاربة ٥٨ تأقيت المضاربة ٥٩ الشروط الفاسدة
٦٠ المضاربة الفاسدة ٦١ المضاربه بالدين الذى على المدين ٦٢ المضاربة بالوديعة
٦٣ العامل أمين فى مال المضاربة ـ الاذن فى البيع نسيئه ٦٤ شرط نصف الربح
٦٤ انكار رب المال رد المال ٦٥ اذا دفع الى رجلين قراضا على النصف
٦٥ ان دفع الى رجل ألفا يتجر فيه فربح فزعم العامل انه كان قرضا
٦٦ اشتراط النفقه ـ اذا كان عبد بين رجلين فباعه
٧٠ قسمة الدين فى الذمم ٧١ العبد المأذون له

(كتاب الوكالة)

٧٢ من صح تصرفه فى شىء بنفسه صح بالوكاله ٧٣ المكاتب يوكل عنه
٧٣ التوكيل فى الشراء والبيع الخ ٧٤ التوكيل فى مطالبة الحقوق
٧٥ التوكيل فى الشهادة ـ التوكيل فى حقوق الله تعالى ٧٧ الايجاب والقبول
٧٩ الوكالة فى تصرف معلوم ٨٠ توكيل وكيلين ٨١ التوكيل فيما وكل فيه
٨٢ توكيل الامين ـ الحكم فى الوصى والولى ٨٣ التوكيل فى الخصومه
٨٤ التوكيل فى بيع شىء ٨٥ التوكيل فى شراء شىء ـ التوكيل فى قبض دين
٨٥ ادعاء تلف الثمن ٩٢ بيع العبد نسيئه ـ ثمن المبيع أمانه
٩٤ ادعاء الوكيل أنه دفع مالا لرجل ٩٥ التوكيل فى ايداع مال
٩٥ ادعاء شخص أنه وكيل صاحب الدين ٩٦ من قال انه وارث صاحب الحق
٩٧ امتناع من طلب منه حق حتى . . . ـ شراء الوكيل أو الوصى من نفسه
٩٩ من وكل رجلا يتزوج له امرأة ـ التوكيل فى بيع وشراء عبد
٩٩ اذا أذن للوكيل أن يشترى من نفسه ١٠٠ توكيل العبد والاذن له

١٠٢ شراء الوالد لنفسه من مال ولده الطفل
١٠٢ ما فعل الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته
١٠٣ متى خرج أحدهما عن كونه من أهل التصرف
١٠٤ الوكالة والتعدى فيما وكل فيه ـ من وكل امرأة ثم طلقها
١٠٥ ان وكل مسلم كافراً ـ تلف العين التي وكل فى التصرف فيها
١٠٦ غياب صاحب الحق ١٠٧ اذا وكله فى طلاق زوجته
١٠٧ شراء شيء غير المطلوب ١٠٩ ان وكله فى ان يزوجه امرأة فزوجه غيرها
١٠٩ ماذا يملك الوكيل من التصرف ١١١ ان عين له الشراء بشيء
١١٢ الاختلاف فى حال الموكل فيه ـ البيع بدون ثمن المثل
١١٢ البيع والشراء بأقل أو أكثر من الموكل به
١١٧ المشترى اذا كان معيباً ـ ما يوهب للوكيل ١٢٠ الشهادة على الوكالة

﴿ كتاب الاقرار بالحقوق ﴾

١٢٤ ممن يصح الاقرار ١٢٨ الاقرار لحمل امرأة بمال
١٢٨ الاقرار بشيء والاستثناء منه
١٣٣ من قال لآخر : هذه الدار هبة أو سكنى أو عارية
١٣٤ من ادعى عليه شيء وقال قد كان له على وقضيته
١٣٧ من قال : غصبت هذه الدار ـ من كان فى يده عبدان فقال أحد هذين لزيد
١٠٨ من أقر بعشرة دراهم ثم سكت ١٣٩ من أقر بدراهم وأطلق
١٤١ ألفاظ الاقرار والحكم فيها ١٤٦ من أقر بشيء واستثنى منه
١٥١ اذا قال له عندى عشرة دراهم ثم قال وديعة
١٥٣ من قال : له فى هذا العبد ألف ـ من قال : له فى مالى هذا ألف
١٥٤ من قال : له فى هذا العبد شركة (الاقرار بالمجهول)
١٥٧ من قال له على أكثر من مال فلان ١٥٨ من قال على ألف الا شيئا
١٦٠ لو قال غصبتك أو غبنتك ـ الشهادة على الاقرار بالمجهول
١٦٠ لو قال له عندى رهن فقال وديعة . ان قال لك على ألف من ثمن مبيع لم أقبضه

١٦١ بيع جارية وزعم تزويجها ١٦٣ الاقرار بحرية عبد ثم شراؤه
١٦٣ لو مات فخلف ولدين فأقر أحدهما بأخ
١٦٥ إقرار جميع الورثة بنسب يشاركهم - شروط الإقرار بالنسب
١٧٠ إنكار المقر ١٧١ الاقرار بنسب صغير لم يكن مقراً بزوجية أمة
١٧٤ من أقر بدين على أبيه - ادعاء رجلين داراً بينهما
١٧٥ من قلت القول قوله فلخصمه اليمين ١٧٦ من أقر أنه وهب
١٧٦ الاقرار بدين فى مرض موته ١٩٧ الاقرار لوارث
١٧٨ الاقرار لامرأته بمهر - الاقرار لوارث فصار غير وارث
١٧٩ « لوارث وأجنبي - إقرار المريض بوارث وخلافه
١٨٠ ألفاظ الإقرار

(كتاب العاريه)

١٨٣ العارية مضمونه ١٨٤ شروط نفى الضمان
١٨٥ اذا انتفع بها وردها - ضمان ولد العاريه
١٨٦ ضمان العين وبقاؤها — من تصح العاريه ١٨٧ ما تجوز إعارته
١٨٧ تجوز الاعاره مطلقا ومقيداً ١٨٨ استيفاء المنفعة
١٨٩ إجارة المستعار ورهنه ١٩٠ تجوز العاريه مطلقه ومؤقته
١٩١ الانتفاع بالعاريه ١٩٥ اختلاف رب الدابة وراكبها

(كتاب الغصب)

١٩٨ ما تماثل أجزاؤه وصفاته ٢٠٠ من غصب أرضاً فغرسها
٢٠١ الحكم فيما اذا بنى فى الأرض
٢٠٣ من غصب أرضا فكشط ترابها أو حفر فيها بئراً
٢٠٥ ما على الغاصب ٢٠٦ قدر الأرش
٢٠٧ من غصب عبداً فجنى عليه — ان جنى العبد المغصوب
٢٠٨ نقصان المغصوب ٢١٠ إن كان زرعها فأدركها ربها والزرع قائم
٢١٢ الثمر لصاحب الشجر ٢١٣ اذا غصب أرضا فحكمها حكم غيرها
٢١٥ من غصب عبداً فزادت قيمته أو نقصت ٢١٦ مرض المغصوب

٢١٦ زوائد الغصب في يد الغاصب ٢١٧ ضمان نقص القيمة
٢١٧ شق المغصوب نصفين ٢١٨ غصب الثوب — نقص المغصوب
٢١٩ من غصب حبا فطحنه ٢٢١ من غصب عبداً فصاد صيداً
،٢٢ من غصب جاريه ٢٢٣ إن باع الغاصب الجاريه
،٢٦ من استكره امرأة على الزنا ٢٢٧ إيداع المغصوب والتوكيل فيه
،٢٧ اعارة المغصوب وهبته ٢٢٨ الاتجار في المغصوب
،٣٠ من غصب شيئاً فتغير ٢٣١ من غصب حاملا
،،٢ تلف المغصوب ،،٣ أجرة المغصوب
،،٤ من غصب شيئا فشغله ،،٥ من غصب فصيلا أو جوهرة
،،٧ من غصب لوحا فرقع به سفينة ،،٨ خلط المغصوب
،،٩ صبغ الثوب المغصوب ٢٤٤ اختلاف المالك والغاصب في القيمة
،٤٦ الاقرار والادعاء ،٤٧ جناية العبد المغصوب
،٤٨ اتلاف شيء لذمي ،٤٩ غصب كلب
،٥٠ كسر صليب أو آنية ،٥١ اثبات الغصب
،٥١ ضمان أم الولد — طيران طائر وحل دابة وخلافها
،٥٣ من أوقد ناراً في ملكه ٢٥٤ إلقاء ثوب في بيت
،٥٤ أكل بهيمة حشيش قوم

(كتاب الشفعة)

،٥٥ لمن تجب الشفعة وشروطها وفيما هي ٢٦٤ بيع المريض
٢٦٦ ملكية الشفيع الشقص بكل لفظ ٢٦٧ إقرار البائع وإنكار المشترى
،٦٨ من لم يطالب بالشفعة ٢٧٠ اظهار المشترى أن الثمن أكثر
،٧١ ألفاظ الشفعة ٢٧٢ من باع نصيبه في الشفعة
،٧٤ من كان غائبا وعلم بالبيع ،٧٥ من أخر القدوم
،٧٦ من كان مريضا — من لم يعلم حتى تبايع ثلاثة
٢٧٨ من جعله صداقا أو عوضا — من اشترى شقصا بعبد
،٨٠ مطالبة الصغير اذا كبر بالشفعة ٢٨٣ الولي والوصي

٢٨٣ الحكم فى المجنون ٢٨٤ شركة المضاربة والوقف
٢٨٥ بناء المشترى والشفعه ٢٨٦ الزرع ونمو المبيع
«٨٧ تلف الشقص «٨٨ وقوع الشراء بعين أو ورق
«٨٩ استحقاق الشفيع الشقص بالثمن . أحوال الثمن
«٩٠ بيع شقصين صفقة واحدة ٢٩١ من يأخذ بالشفعة
«٩٢ الاحتيال لاسقاط الشفعة «٩٤ الاختلاف فى الثمن
«٩٥ ادعاء الشفيع على بعض الشركاء ٢٩٦ دار بين حاضر وغائب
٣٠٠ دار بين ثلاثة ٣٠٣ ترك واحد شفعته ـ غياب الشفعاء
«٠٥ أخذ الشفيع أحد النصيبين ٣٠٧ دار بين أربعة
«٠٨ عهدة الشفيع وعهدة المشترى «٠٩ حكم الشفيع فى الرد بالعيب
«١٠ متى تورث الشفعة «١٣ اذن الشريك ومطالبته بالشفعة
«١٤ توكل الشفيع فى البيع وضمانه «١٩ الاختلاف فى قول الشفعاء
«١٧ أحكام عامة فى الدار «٢٠ شفعة الكافر على مسلم
«٢١ شفعة الذمى وأهل البدع «٢٢ شفعة البدوى

(كتاب المساقاة)

«٢٣ المساقاة فى النخل والشجر «٢٥ مالا ثمر له من الشجر
«٢٦ المساقاة على ثمرة موجودة «٢٧ مساقاة اثنين عاملا واحدا
«٢٨ صيغ المساقاة «٢٩ مساقاة أحد الشريكين شريكه
٣٣٠ المساقاة وألفاظها وما تكون فيه «٣١ اطلاق عقد المساقاة
«٣٢ الجذاذ والحصاد واللقاط «٣٣ الشروط فى المساقاة
«٣٦ خيار الشرط «٣٧ هروب العامل وأمانته
«٣٨ أحوال العامل «٣٩ المساقاة على أرض خراجية
«٤٠ فضل الدراهم للعامل ٣٤١ المساقاة على ودى النخل وصغار الشجر

(باب المزارعة)

«٤٣ المزارعة ببعض مايخرج من الارض ٣٤٨ اذا كان البذر من رب الارض
٣٥٠ الاتفاق على أن يأخذ رب الارض مثل بذره ويقتسما ما بقى

٣٥١ الشروط الفاسدة ٣٥٢ أحوال المزارعة ٣٥٣ إجارة الأرض

(كتاب الاجارات)

٥٦ ، ما هى الاجارة وممن تجوز ٣٥٧ الاجارة على مدة معلومة
٥٩ ، الاشتراط أن تلى الاجارة العقد ٣٦٠ لا تتقدر أكثر مدة الاجارة
٦٠ ، الاجارة على ضربين ٣٦١ من اكترى دابة الى العشاء
٦٢ ، العوض فى الاجارة ٣٦٣ بعض أحوال الاستئجار
٦٤ ، متى يملك المؤجر الاجرة
٦٦ ، شرط تأجيل الاجر — استيفاء المستأجر المنافع
٦٧ ، اذا وقعت الاجارة على كل شهر فلا فسخ ٣٦٨ الاجارة عقد لازم
٦٩ ، من استأجر عقاراً مدة بعينها لزمته الاجرة بكل حال
٧٠ ، تصرف مالك العقار فيه ممنوع قبل المدة ٣٧٢ هروب الاجير
٧٣ ، حجز المستأجر عن منفعة ما وقع عليه العقد
٥ ،، من اكترى ما به عيب ٣٧٦ للمستأجر على المؤجر مايتمكن به من الانتفاع
٧ ،، من استؤجر فرض ٣٧٩ الاستئجار للحفر
٨٠ ، الاستئجار لضرب اللبن والبناء ٣٨١ الاستئجار لانواع مختلفة
٣ ،، استئجار السمسار ٣٨٤ اذا مات المكرى والمكترى
٦ ،، ايجار الولى الصبى فبلغ ٣٨٧ ايجار العبد ثم أعتق - من أجر عينا ثم باعها
٨٨ ، شراء المستأجر العين وارثها ٣٩٠ تلف العين المستأجرة
٩١ ، سكنى العقار المستأجر — تأجير العين المستأجرة
٩٢ ، من اكترى دابة فأركبها غيره ٣٩٣ العين بمثل أجرها وزيادة
٣٩٩ كراء الارض وأنواعه ولا شيء على المؤجر اذا هلك الزرع
٤٠٢ استئجار الاجير بطعامه وكسوته
٤٠٥ الاجير اذا استغنى عن كسوته وطعامه ٤٠٧ استئجار المرضعه
٤٠٨ تأجير الامه وأم الولد ٤٠٩ موت المرضعه
٤١٠ العطاء عند الفطام — اكتراء الدابة الى موضع وتجاوزه

(الضمان)

٤١١ من اكترى لحمولة شيء فزاد عليه ٤١٥ الاكتراء مدة غزاته لا يجوز
٤١٦ من سمى لكل يوم شيئا معلوما

(مسائل الصبرة)

٤١٨ من اكترى الى مكة ولم ير الحمولة ٤٢١ من اشترط حمل زاد مقدر
٤٢٢ ما يلزم المكرى والمكترى ٤٢٣ هرب الحمال فى بعض الطريق
٤٢٥ كراء العقبة ٤٢٦ من رأى الراكبين
٤٢٧ اكتراء الابل والدواب ٤٣٠ ما حدث فى السلعة فى يد الصانع
٤٣١ الاجير المشترك وبيانه ٤٣٢ الاجير الخاص وبيانه
٤٠٣ اذا أتلف الصانع الثوب ــ أجر الزيادة ٤٣٤ الزيادة والنقص فى الثوب
٤٠٦ من استؤجر على عمل فى عين ٤٣٧ ان أتلف من حرز
٤٠٨ حبس الصانع الثوب فتلف ٤٣٨ خطأ القصار ــ العين المستأجرة أمانة
٤٤٠ ضرب الدابة ــ لا ضمان على حجام وختان ومتطبب
٤٤١ الاستئجار على الختان والحجام ٤٤٥ لا ضمان على الراعى
٤٤٥ العقد فى الرعى ٤٤٦ ما تجوز اجارته ٤٤٩ مالا تجوز اجارته
٤٥٠ ما منفعته محرمة ٤٥٢ ما يحرم بيعه ٤٥٣ اجارة المصحف
٤٥٣ اجارة المسلم للذمى ٤٥٤ القربات ٤٥٥ اعطاء المعلم
٤٥٧ الاختلاف فى قدر الاجر وفى المدة ٤٥٩ الاختلاف فى بعض المسائل

(كتاب احياء الموات)

٤٦٠ من أحيا أرضا لم تملك ٤٦٣ دار الحرب ودار السلام والمسلم والذمى
٤٠٣ ما قرب من العامر ٤٦٥ ان تحجر مواتا ٤٦٦ اقطاع الموات
٤٦٧ أرض ملح أو ماء ٤٦٨ المعادن الباطنة ٤٦٩ من شرع فى حفر معدن
٤٦٩ من عمل فى معدن لا يملكه ٤٧١ مانضب عنه الماء
٤٧١ ما كان من الشوارع والطرقات ٤٧٢ القطائع ٤٧٤ الحمى

(أحكام المياه)

٤٧٦ الماء الجارى ٤٨٠ الساقيه ٤٨١ قسمة ماء النهر ٤٨٢ منع الماء المملوك

٤٨٣ إحياء الأرض : أن يحوط عليها حائطا ٤٨٥ حفر بئر فيها
٤٨٧ الشجرة فى موات ٤٨٨ ما أحياه الانسان أو سبق اليه

(كتاب الوقوف والعطايا)

٤٨٩ من وقف على قوم ٤٩٢ انتقال الملك بالوقف ٤٩٣ ألفاظ الوقف
٤٩٣ الوقف بالفعل ٤٩٤ منافعه والأكل منه ٤٩٥ الشرط فى الوقف
٤٩٦ جعل الدار مسجدا ٤٩٧ الوقف على الأولاد والمساكين
٥٠٣ الوقف على أولاد الغير ٥٠٥ تفضيل البعض على البعض
٥٠٧ الرجوع الى المساكين ٥٠٨ الوقف على سبيل الله وابن السبيل
٥١٠ من لم يجعل آخره للمساكين ٥١٢ ان لم يكن للواقف أقارب
٥١٢ الوقف منقطع الابتداء وغيره ٥١٣ الوقف فى المرض
٥١٤ تعليق الابتداء والانتهاء ٥١٧ اذا خرب الوقف ٥١٩ بيع الوقف
٥٢٠ البناء والغرس فى المسجد — حصر المسجد ٥٢١ جناية الوقف
٥٢٢ تزويج الأمة الموقوفة ووطؤها ٥٢٣ العبد الموقوف ـ الزكاة فى الموقوف
٥٢٤ الوقف على القبيلة ٥٢٤ وقف مالا ينتفع به الا بالاتلاف
٥٢٦ ما يصح فيه الوقف ٥٢٧ وقف المشاع
٥٢٧ الوقف على معروف أو بر ٥٢٩ الوقف على من لا يملك
٥٢٩ الوقف على أهل الذمة — الناظر من شرطه الواقف
٥٣٠ نفقة الوقف

(كتاب الهبة والعطية)

٥٣١ الهبة فيما بكال أو يوزن ٥٣٢ الواهب بالخيار قبل القبض
٥٣٣ إن مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض
٥٣٤ كيف يصح بغير قبض ٥٣٦ هبة المشاع
٥٣٧ القبض والشروط فى الهبة ـ هبة المجهول
٥٣٨ تعليق الهبة بشرط — هبة الدين

٥٣٩ البراءة من المجهول ٥٤٠ من يقبض للطفل
٥٤٢ الهبه من الصبي ٥٤٣ المفاضلة بين الولد
٥٤٦ التسويه بين الأقارب ٥٤٧ الرجوع فى الهبه
٥٥٢ ألفاظ الرجوع ٥٥٣ ان مات ولم يردده
٥٥٤ تقسيم المال ٥٥٤ أخذ الأب من مال ولده
٥٥٦ مطالبة الابن أباه ٥٥٧ تصرف الأب فى مال الابن
٥٥٨ الأخذ من مال الغير — الواهب والمهدى والرجوع فيما وهب أو أهدى
٥٦٠ الرجوع فى الصدقه — الهبه المطلقه
٥٦١ العمرى ٥٦٤ الرقبى ٥٦٥ السكنى له عمرة
٥٦٦ الهبه والبيع الفاسدان

شكر واجب

لا يفوتنا أن نقدم وافر الشكر الى صديقنا الدكتور محمد صادق فقد تفضل وأعارنا نسخته الخاصه من (المغنى ـ طبعه أولى) فقد انتفعنا بها كثيرا فى المقابلة عليها أثناء هـذه الطبعه ، ولولا نسخته لخرجت طبعتنا هذه مشوهه ، حيث إننا نطبعها عن الطبعه الثانيه ، وهى طبعه رديئه كثيرة الغلط

لجزاه الله عن العلم والعلماء أحسن الجزاء ؟

الناشر : زكريا على يوسف

الجزء السادس من :

المغني

أوسع ما ظهر فى الفقه الإسلامى مع الترجيح بين الاقوال بالدليل

لأبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة

المتوفى سنة ٦٢٠ هـ

على مختصر أبى القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الخرقى

بتصحيح الدكتور

محمد خليل هراس

المدرس بكلية أصول الدين

مطبعة الامام ١٣ شارع قرقول المنشية بالقلعة بمصر

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب اللقطة

وهى المال الضائع من ربه يلتقطه غيره ، قال الخليل بن أحمد : اللقطة بفتح القاف اسم للملتقط لأن ما جاء على فعلة فهو اسم للفاعل كقولهم همزة ولمزة وضحكة وهزأة ، واللقطة بسكون القاف المال الملقوط مثل الضحكة الذى يضحك منه والهزأة الذى يهزأ به ، وقال الاصمعى وابن الاعرابى والفراء هى بفتح القاف اسم للمال الملقوط أيضاً .

والأصل فى اللقطة ما روى زيد بن خالد الجهنى قال : سئل رسول الله (ص) عن لقطة الذهب والورق فقال « اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرّفها سنة فإن لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك فإن جاء طالبها يوما من الدهر فادفعها إليه » وسأله عن ضالة الإبل فقال « مالك ولها دعها فإن معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها : وسأله عن الشاة فقال « خذها فإنما هى لك أو لأخيك أو للذئب» متفق عليه ، والوكاء الخيط الذى يشد به المال فى الخرقة والعفاص الوعاء الذى هى فيه من خرقة أو قرطاس أو غيره ، قاله أبو عبيد والأصل فى العفاص أنه الجلد الذى يلبسه رأس القارورة .

وقوله « معها حذاءها » يعنى خفها فإنه لقوته وصلابته يجرى مجرى الحذاء وسقاؤها بطنها لأنها تأخذ فيه ماء كثيراً فيبقى معها يمنعها العطش ، والضالة اسم الحيوان خاصة دون سائر اللقطة والجمع ضوال ويقال لها أيضا الهوامى والهوافى والهوامل .

(فصل) قال إمامنا رحمه الله الأفضل ترك الالتقاط ، وروى معنى ذلك عن ابن عباس وابن عمر ، وبه قال جابر وابن زيد والربيع بن خيثم وعطاء ، ومر شريح بدرهم فلم يعرض له ، واختار أبو الخطاب : إذا وجدها بمضيعة وأمن نفسه عليها فالأفضل أخذها ، وهذا قول الشافعى .

وحكى عنه قول آخر أنه يجب أخذها لقول الله تعالى (والمؤمنون والمؤمنات

بعضهم أولياء بعض) فإذا كان وليه وجب عليه حفظ ماله ، وممن رأى أخذها سعيد بن المسيب والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأخذها أبي بن كعب وسويد بن غفلة ، وقال مالك إن كان شيئا له بال يأخذه أحب إلى ويعرّفه لأن فيه حفظ مال المسلم عليه ، فكان أولى من تضييعه وتخليصه من الغرق .

ولنا قول ابن عمر وابن عباس ولا نعرف لهما مخالفا فى الصحابة ولأنه تعريض لنفسه لأكل الحرام وتضييع الواجب من تعريفها وأداء الأمانة فيها فكان تركه أولى وأسلم كولاية مال اليتيم وتخليل الخمر وما ذكروه يبطل بالضوال فإنه لا يجوز أخذها مع ما ذكروه ، وكذلك ولاية مال الايتام .

« مسألة » قال (ومن وجد لقطة عرفها سنة فى الأسواق وأبواب المساجد)

وجملته أن فى التعريف ستة فصول: فى وجوبه وقدره وزمانه ومكانه وكيفيته ومن يتولاه ، أما وجوبه . فإنه واجب على كل ملتقط سواء أراد تملكها أو حفظها لصاحبها ، وقال الشافعى . لا تجب على من أراد حفظها لصاحبها .

ولنا أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر به زيد بن خالد وأبى بن كعب ولم يفرق ولأن حفظها لصاحبها إنما يفيد باتصالها إليه وطريقه التعريف ، أما بقاؤها فى يد الملتقط من غير وصولها إلى صاحبها فهو وهلاكها سيان، ولأن امساكها من من غير تعريف تضييع لها عن صاحبها فلم يجز كردها الى موضعها أو إلقائها فى غيره ، ولأنه لو لم يجب التعريف لما جاز الالتقاط لأن بقاءها فى مكانها إذاً أقرب الى وصولها إلى صاحبها إما بأن يطلبها فى الموضع الذى ضاعت فيه فيجدها واما بأن يجدها من يعرفها ، وأخذه لها يفوت الامرين فيحرم فلما جاز الالتقاط وجب التعريف كيلا يحصل هذا الضرر ، ولأن التعريف واجب على من أراد تملكها فكذلك على من أراد حفظها فإن التمليك غير واجب فلا تجب الوسيلة إليه فيلزم أن يكون الوجوب فى المحل المتفق عليه لصيانتها عن الضياع عن صاحبها وهذا موجود فى محل النزاع .

(الفصل الثانى) فى قدر التعريف وذلك سنة ، روى ذلك عن عمر وعلى وابن عباس ، وبه قال ابن المسيب والشعبى ومالك والشافعى وأصحاب الرأى ،

وروى عن عمر رواية أخرى أنه يعرفها ثلاثة أشهر وعنه ثلاثة أعوام لأن أبي بن كعب روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره بتعريف مائة الدينار ثلاثة أعوام ، وقال أبو أيوب الهاشمي ما دون الخمسين درهما يعرفها ثلاثة أيام إلى سبعة أيام ، وقال الحسن بن صالح مادون عشرة دراهم يعرفها ثلاثة أيام ، وقال الثوري في الدرهم يعرفه أربعة أيام ، وقال إسحاق ما دون الدينار يعرفه جمعة أو نحوها ، وروى أبو إسحاق الجوزجاني بإسناده عن يعلى بن أمية قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من التقط درهما أو حبلا أو شبه ذلك فليعرفه ثلاثة أيام فإن كان فوق ذلك فليعرفه سبعة أيام » .

ولنا حديث زيد بن خالد الصحيح فإن النبي صلى الله عليه وسلم أمره بعام واحد ولأن السنة لا تتأخر عنها القوافل ويمضي فيها الزمان الذي تقصد فيه البلاد من الحر والبرد والاعتدال فصلحت قدراً كمدة أجل العين : وأما حديث أبي فقد قال الراوي لا أدري ثلاثة أعوام أو عام واحد ، قال أبو داود شك الراوي في ذلك ، وحديث يعلى لم يقل به قائل على وجهه ، وحديث زيد وأبي أصح منه وأولى إذا ثبت هذا فإنه يجب أن تكون هذه السنة تلي الالتقاط وتكون متوالية في نفسها لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بتعريفها حين سئل عنها والأمر يقتضي الفور ولأن القصد بالتعريف وصول الخبر الى صاحبها وذلك يحصل بالتعريف عقيب ضياعها متواليا لأن صاحبها في الغالب إنما يتوقعها ويطلبها عقيب ضياعها فيجب تخصيص التعريف به .

(الفصل الثالث) في زمانه وهو النهار دون الليل لأن النهار مجمع الناس وملتقاهم دون الليل ويكون ذلك في اليوم الذي وجدها والأسبوع أكثر لأن الطلب فيه أكثر ولا يجب فيما بعد ذلك متواليا ، وقد روى الجوزجاني بإسناده عن معاوية بن عبد الله عن زيد الجهني قال نزلنا مناخ ركب فوجدت خرقة فيها قريب من مائة دينار فجئت بها إلى عمر فقال عرفها ثلاثة أيام على باب المسجد ثم أمسكها حتى قرن السنة ولا يفد من ركب إلا نشدتها وقلت الذهب بطريق الشام ثم شأنك بها .

(الفصل الرابع) في مكانه وهو الأسواق وأبواب المساجد والجوامع في الوقت

الذى يجتمعون فيه كأدبار الصلوات فى المساجد ، وكذلك فى مجامع النـاس لأن المقصود إشاعة ذكرها وإظهارها ليظهر عليها صاحبها فيجب تحرى مجامع الناس ولا ينشدها فى المسجد لان المسجد لم يبن لهذا .

وقد روى أبو هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « من سمع رجلا ينشد ضالة فى المسجد فليقل لا ردها الله إليك فإن المساجد لم تبن لهذا » وأمر عمر واجداللقطة بتعريفها على باب المسجد .

(الفصل الخامس فيمن يتولاه) وللملتقط أن يتولى ذلك بنفسه وله أن يستنيب فيه ، فإن وجد متبرعا بذلك والا إن احتاج الى أجر فهو على الملتقط وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى ، واختار أبو الخطاب أنه إن قصد الحفظ لصاحبها دون تملكها رجع بالأجر على مالكها ، وكذلك قال ابن عقيل فيما لا يملك بالتعريف لأنه من مؤنة إيصالها الى صاحبها فكان على مالكها كأجر مخزنها ورعيها وتجفيفها .

ولنا أن هذا أجر واجب على المعرف فكان عليه كما لو قصد تملكها ولأنه لو وليه بنفسه لم يكن له أجر على صاحبها فكذلك إذا استأجر عليه لا يلزم صاحبها شىء ولأنه سبب لملكها فكان على الملتقط كما لو قصد تملكها ، وقال مالك إن أعطى منها شيئاً لمن عرفها فلا غرم عليه كما لو دفع منها شيئا لمن جففها ، وقد ذكرنا الدليل على ذلك .

(الفصل السادس) فى كيفية التعريف وهو أن يذكر جنسها لا غير فيقول من ضاع منه ذهب أو فضة أو دنانير أو ثياب ، ونحو ذلك لقول عمر (رض) لواجد الذهب بطريق الشام ، ولا تصفها لأنه لو وصفها لعلم صفتها من يسمعها فلا تبقى صفتها دليلا على ملكها لمشاركة غير المالك المالك فى ذلك ولانه لا يأمن أن يدعيها بعض من سمع صفتها ، ويذكر صفتها التى يجب دفعها بها فيأخذها وهو لا يملكها فتضيع على مالكها .

(فصل) لم يفرق الخرقى بين يسير اللقطة وكثيرها ؛ وهو ظاهر المذهب إلا فى اليسير ، الذى لا تتبعه النفس كالتمرة والكسرة والخرق ، وما لا خطر له فإنه لا بأس بأخذه والانتفاع به من غير تعريف ؛ لأن النبى صلى الله عليه وسلم

لم ينكر على واجد التمرة حيث أكلها بل قال له « لو لم تأتها لأتتك » ورأى النبي صلى الله عليه وسلم تمرة فقال « لولا أني أخشى أن تكون من الصدقة لأكلتها » ولا نعلم خلافا بين أهل العلم فى إباحة أخذ اليسير والانتفاع به ، وقد روى ذلك عن عمر وعلى وابن عمر وعائشة ، وبه قال عطاء وجابر بن زيد وطاوس والنخعى ويحي بن أبى كثير ومالك والشافعى وأصحاب الرأى ، وليس عن أحمد ، وأكثر من ذكرنا تحديد اليسير الذى يباح .

وقال مالك وأبو حنيفة : لا يجب تعريف مالا يقطع به السارق ، وهو ربع دينار عند مالك وعشرة دراهم عند أبى حنيفة لأن ما دون ذلك تافه . فلا يجب تعريفه كالكسرة والتمرة ، والدليل على أنه تافه قول عائشة رضى الله عنها كانوا لا يقطعون فى الشيء التافه .

وروى عن على رضى الله عنه أنه وجد ديناراً فتصرف فيه ، وروى الجوزجانى عن سلمى بنت كعب قالت : وجدت خاتما من ذهب فى طريق مكة فسألت عائشة عنه فقالت تمتعى به ، وروى أبو داود بإسناده عن جابر قال : رخص لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فى العصا والسوط والحبل وأشباهه يلتقطه الرجل ينتفع به ، والحبل قد تكون قيمته دراهم .

وعن ابن ماجه بإسناده عن سويد بن غفلة قال : خرجت مع سلمان بن ربيعة وزيد بن صوحان حتى إذا كنا بالعذيب التقطت سوطا ، فقالا لى ألقه فأبيت حتى قدمنا المدينة ، أتيت أبى بن كعب ، فذكرت ذلك له فقال : أصبت قال الترمذى هذا حديث حسن صحيح ، وللشافعية ثلاثة أوجه كالمذاهب الثلاثة .

ولنا على إبطال تحديده بما ذكروه ، ان حديث زيد بن خالد عام فى كل لقطة فيجب إبقاؤه على عمومه إلا ما خرج منه بالدليل ، ولم يرد بما ذكروه نص ولا هو فى معنى ما ورد النص به ، ولأن التحديد والتقدير لا يعرف بالقياس ، وإنما يؤخذ من نص او إجماع ، وليس فيما ذكروه نص ولا إجماع ، واما حديث على فهو ضعيف ، رواه ابو داود وقال : طرقه كلها مضطربة ثم هو مخالف لمذهبهم ولسائر المذاهب . فتعين حمله على وجه من الوجوه غير اللقطة : إما لكونه مضطراً إليه أو غير ذلك .

وحديث عائشة قضية فى عين لا يدرى كم قدر الخاتم ، ثم هو قول صحابى ، وكذلك حديث على ، وهم لا يرون ذلك حجة ، وسائر الاحاديث ليس فيها تقدير لكن يباح أخذ ما ذكره النبي صلى الله عليه وسلم ، ورخص فى أخذه من السوط والعصى والحبل ، وما قيمته كقيمة ذلك ، وقدره الشيخ أبو الفرج فى كتابه بما دون القيراط ، ولا يصح تحديده لما ذكرنا .

(فصـــل)

إذا أخر التعريف عن الحول الاول مع امكانه أثم لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر به فيه ، والأمر يقتضي الوجوب ، وقال فى حديث عياض بن حمار لا تكتم ولا تغيب ، ولأن ذلك وسيلة إلى أن لا يعرفها صاحبها ، فإن الظاهر أنه بعد الحول ييأس منها ويسلو عنها ويترك طلبها ويسقط التعريف بتأخيره عن الحول الأول فى المنصوص عن أحمد ، لأن حكمة التعريف لا تحصل بعد الحول الأول ، وان تركه فى بعض الحول عرف بقيته ويتخرج أن لا يسقط التعريف لتأخره ، لأنه واجب فلا يسقط بتأخيره عن وقته كالعبادات وسائر الواجبات ، ولأن التعريف فى الحول الثانى يحصل به المقصود على نوع من القصور فيجب الإتيان به لقول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا أمرتكم بأمر فائتوا منه ما استطعتم » فعلى هذا ان أخر التعريف بعض الحول أتى بالتعريف فى بقيته وأتمه من الحول الثانى ، وعلى كلا القولين ، لا يملكها بالتعريف فيما عدا الحول الاول ، لان شرط الملك التعريف فى الحول الاول ولم يوجد ، وهل له أن يتصدق بها أو يحبسه عنده أبداً ؟ على روايتين ، ويحتمل أن يلزمه دفعها الى الحاكم كقولنا فيما اذا التقط فيما لا يجوز التقاطه ، ولو ترك التعريف فى بعض الحول الاول لم يملكها أيضاً بالتعريف فيما بعده لان الشرط لم يكمل ، وعدم بعض الشرط كعدم جميعه ، كما لو أخل ببعض الطهارة أو ببعض السترة فى الصلاة .

(فصل) وان ترك التعريف فى الحول الاول لعجزه عنه مثل أن يتركه لمرض أو حبس أو نسيان ونحوه ففيه وجهان :

أحدهما : أن حكمه حكم ما لو تركه مع امكانه ، لان تعريفه فى الحول سبب الملك والحكم ينتفي لانتفاء سببه سواء انتفى لعذر أو غير عذر .

والثانى : أنه يعرفه فى الحول الثانى ويملكه ، لانه لم يؤخر التعريف عن وقت امكانه فأشبه ما لو عرفه فى الحول الاول .

« مسألة » قال (فإن جاء ربها والا كانت كسائر ماله)

وجملته أنه اذا عرف اللقطة حولا فلم تعرف ملكها ملتقطها وصارت من ماله كسائر أمواله غنياً كان الملتقط أو فقيراً ، وروى نحو ذلك عن عمر وابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم ، وبه قال عطاء والشافعى واسحاق وابن المنذر ، وروى ذلك عن على وابن عباس والشعبي والنخعى وطاوس وعكرمة ، وقال مالك والحسن بن صالح والثورى وأصحاب الرأى يتصدق بها . فإذا جاء صاحبها خيره بين الاجر والغرم ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن اللقطة فقال « عرفها حولا » وروى « ثلاثة أحوال » فإن جاء ربها والا تصدق بها ، فإذا جاء ربها فرضى بالاجر والا غرمها ، ولانها مال لمعصوم لم يرض بزوال ملكه عنها ، ولا وجد منه سبب يقتضى ذلك فلم يزل ملكه عنه كغيرها : قالوا وليس له أن يتملكها الا أن أبا حنيفة قال له ذلك ان كان فقيراً من غير ذوى القربى ، لما روى عياض بن حمار المجاشعى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من وجد لقطة فليشهد عليها ذا عدل أو ذوى عدل ولا يكتم ولا يغيب ، فإن وجد صاحبها فليردها عليه ، والا فهى مال الله يؤتيه من يشاء » رواه النسائى ، قالوا وما يضاف الى الله تعالى ، انما يتملكه من يستحق الصدقة ، ونقل حنبل عن أحمد مثل هذا القول ، وأنكره الخلال وقال ليس هذا مذهباً لأحد .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم فى حديث زيد بن خالد « فإن لم تعرف فاستنفقها » وفى لفظ « والا فهى كسبيل مالك » وفى لفظ « ثم كلها » وفى لفظ « فانتفع بها » وفى لفظ « فشأنك بها » وفى حديث أبى ابن كعب « فاستنفقها » وفى لفظ « فاستمتع بها » وهو حديث صحيح ، ولأن من ملك بالقرض ملك باللقطة كالفقير ، ومن جاز له الالتقاط ملك به بعد التعريف كالفقير ، وحديثهم عن أبى هريرة لم يثبت ولا نقل فى كتاب يوثق به ، ودعواهم فى حديث عياض

أن ما يضاف الى الله ، لا يتملكه الا من يستحق الصدقة لا برهان لها ، ولا دليل عليها وبطلانها ظاهر ، فإن الاشياء كلها تضاف الى الله تعالى خلقاً وملكا ، قال الله تعالى (وآتوهم من مال الله الذى آتاكم) .

(فصل) وتدخل اللقطة فى ملكه عند تمام التعريف حكما كالميراث ، هذا ظاهر كلام الخرقى لقوله : والا كانت كسائر ماله ، وكذلك قال أحمد فى رواية الجماعة اذا جاء صاحبها والا كانت كسائر ماله ، واختار أبو الخطاب أنها لاتدخل فى ملكه حتى يختار : واختلف أصحاب الشافعى : فمنهم من قال كقولنا ومنهم من قال يملكها بالنية ، ومنهم من قال يملكها بقوله اخترت تملكها ، ومنهم من قال لا يملكها الا بقوله والتصرف فيها ، لان هذا تمليك بعوض فلم يحصل الا باختيار المتملك كالشراء .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « فاذا جاء صاحبها والا فهى كسبيل مالك » وقوله « فاستنفقها » ولو وقف ملكها على تملكها لبينه له . ولم يجوز له التصرف قبله وفى لفظ « فهى لك » وفى لفظ « كلها » وهذه الالفاظ كلها تدل على ما قلنا ، ولان الالتقاط والتعريف سبب للتمليك ، فاذا تم وجب أن يثبت به الملك حكما كالاحياء والاصطياد ، ولانه سبب يملك به فلم يقف الملك بعده على قوله ، ولا اختياره كسائر الاسباب : وذلك لان المكلف ليس اليه الا مباشرة الاسباب فاذا أتى بها ثبت الحكم قهراً وجبراً من الله تعالى غير موقوف على اختيار المكلف ؛ وأما الاقتراض فهو السبب فى نفسه فلم يثبت الملك بدونه

(فصل) فان التقطها اثنان فعرفاها حولا ملكاها جميعا . وان قلنا بوقوف الملك على الاختيار فاختار أحدهما دون الآخر ملك المختار نصفها دون الآخر ، وان رأياها معا ، فبادر أحدهما فأخذها ، أو رآها أحدهما فأعلم بها صاحبه فأخذها فهى لآخذها لان استحقاق اللقطة بالاخذ لا بالرؤية كالاصطياد . وان قال أحدهما لصاحبه هاتها فأخذها ، نظرت فى نيته فان أخذها لنفسه فهى له دون الآمر وان أخذها للآمر فهى له كما لو وكله فى الاصطياد له .

(فصل) وتملك اللقطة ملكا مراعى يزول بمجىء صاحبها ، ويضمن له بدلها

إن تعذر ردها والظاهر أنه يملكها بغير عوض يثبت فى ذمته ، وانما يتجدد وجوب العوض بمجىء صاحبها كما يتجدد زوال الملك عنها بمجيئه وكما يتجدد وجوب نصف الصداق للزوج أو بدله ان تعذر ثبوت الملك فيه بالطلاق وهذا قول بعض أصحاب الشافعى ، وقال أكثرهم لا يملكها الا بعوض يثبت فى ذمته لصاحبها ، وهذا قول القاضى وأصحابه بدليل أنه يملك المطالبة به فأشبه القرض .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم فإن جاء صاحبها والا فهى مال الله يؤتيه من يشاء ، فجعلها من المباحات ، ولانه لو مات لم يعزل من تركته بدلها ولا يستحق أن يأخذ من الزكاة بسبب الغرم ولا يلزمه أن يوصى به ولا يمتنع وجوب الزكاة فى ماله بسبب الدين ولا يثبت شىء من أحكام الدين فى حقه وانتفاء أحكامه دليل على انتفائه ، وقال القاضى يمنع ذلك وجوب الزكاة ، ولانه لو ملكها بعوض لم يزل ملكه عنها بمجىء صاحبها ولو وقف ملكه لها على رضاه بالمعاوضة واختياره لأحدهما كالقرض والأمر بخلاف ذلك وانما يستحق صاحبها المطالبة بعد مجيئه بشرط تلفها فإنها لو كانت موجودة لأخذها ولم يستحق لها بدلا : وان كانت تالفة تجدد له ملك المطالبة ببدلها كما يتجدد له الملك فيها لو كانت موجودة وكما يتجدد له الملك فى نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول وفى بدله ان كان معدوما وهذا أشبه بمسألتنا وبه يبطل ما ذكروه ، وأما القرض فإنه لما ثبت بدله فى الذمة لم يعد الملك له فى المقرض الا برضاء المقرض واختياره .

فصـــل

وكل ما جاز التقاطه ملك بالتعريف عند تمامه أثمانا كانت أو غيرها . هذا كلام الخرقى فإن لفظه عام فى كل لفظ. وقد نقل ذلك عن أحمد فإن محمد بن الحكم روى عنه فى الصياد يقع فى شصه الكيس أو النحاس يعرفه سنة فان جاء صاحبه والا فهو كسائر ماله وهذا نص فى النحاس ، وقال الشريف بن أبى موسى هل حكم العروض فى التعريف وجواز التصرف فيها بعد ذلك حكم الأثمان ؟ على روايتين أظهرهما أنها كالأثمان ولا أعلم بين أكثر أهل العلم فرقا بين الأثمان والعروض فى ذلك ، وقال أكثر أصحابنا لا تملك العروض بالتعريف ، قال القاضى نص أحمد على هذا فى رواية الجماعة واختلفوا فيما يصنع بها فقال أبو بكر وابن عقيل يعرفها أبداً ،

وقال القاضى هو بالخيار بين أن يقيم على تعريفها حتى يجىء صاحبها وبين دفعها الى الحاكم ليرى رأيه فيها وهل له بيعها بعد الحول ويتصدق بها على روايتين، وقال الخلال كل من روى عن أحمد أنه يعرفه سنة ويتصدق به والذى نقل أنه يعرف أبدا قول قديم رجع عنه، واحتجوا بما روى عن ابن عمر وابن عباس وابن مسعود مثل قولهم ولأنها لقطة لا تملك فى الحرم فلا تملك فى غيره كالإبل، ولان الخبر ورد فى الاثمان، وغيرها لا يساويها لعدم الغرض المتعلق بعينها فمثلها يقوم مقامها من كل وجه بخلاف غيرها.

ولنا عموم الاحاديث فى اللقطة جميعها فان النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال «عرفها سنة - ثم قال فى آخره - فانتفع بها أو فشأنك بها» وفى حديث عياض بن حمار «من وجد لقطة» وهو لفظ عام. وروى الجوزجانى والاثرم فى كتابيهما قالا حدثنا أبو نعيم حدثنا هشام بن سعد قال حدثنى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال أتى رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله كيف ترى فى متاع يوجد فى الطريق الميتاء أو فى قرية مسكونة؟ فقال «عرفه سنة فان جاء صاحبه والا فشأنك به» ورويا أن سفيان بن عبد الله وجد عيبة فأتى بها عمر بن الخطاب فقال عرفها سنة فإن عرفت والا فهى لك، زاد الجوزجانى فلم تعرف فلقيه العام المقبل فذكرها له فقال عمر هى لك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرنا بذلك ورواه النسائى أيضا: وهذا نص فى غير الاثمان، وروى الجوزجانى بإسناده عن الحر بن الصباح قال كنت عند ابن عمر بمكة اذ جاءه رجل فقال انى وجدت هذا البرد وقد نشدته وعرفته فلم يعرفه أحد وهذا يوم التروية ويوم يتفرق الناس فقال ان شئت قومته قيمة عدل ولبسته وكنت له ضامنا متى جاءك صاحبه دفعت اليه ثمنه وان لم يجىء له طالب فهو لك ان شئت، ولان ماجاز التقاطه ملك بالتعريف كالاثمان، وما حكوه عن الصحابة ان صح فقد حكينا عن عمر وابنه خلافه، وقولهم انها لقطة لا تملك فى الحرم ممنوع ثم هو منقوض بالاثمان ولا يصح قياسها على الابل لان معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يأتيها ربها ولا يوجد ذلك فى غيرها، ولان الابل لا يجوز التقاطها فلا تملك به وههنا يجوز التقاطها فتملك به كالاثمان، ثم اذا لم تملك فى الحرم

لا تملك فى الحل ؟ وذلك لأن الحرم ميز بكون لقطته لا يلتقطها إلا منشد ولهذا لم تملك الأثمان بالتقاطها فيه فلا يلزم أن لا تملك فى موضع لم يوجد المانع فيه ، وقولهم إن النص خاص فى الاثمان ، قلنا بل هو عام فى كل لقطة فيجب العمل بعمومه . وان ورد فيها نص خاص فقد روى خبر عام فيعمل بهما ثم قد روينا نصاً خاصاً فى العروض فيجب العمل به كما وجب العمل بالخاص فى الأثمان .

ثم لو اختص الخبر بالاثمان لوجب أن يقاس عليها ما كان فى معناها كسائر النصوص التى عقل معناها ووجد فى غيرها وههنا قد وجد المعنى فيجب قياسه على المنصوص عليه . أو نقول إن المعنى ههنا آكد فيثبت الحكم فيه بطريق التنبيه بيانه أن الاثمان لا تتلف بمضى الزمان عليها وانتظار صاحبها بها أبداً والعروض تتلف بذلك فى النداء عليها دائما هلاكها وضياغ ماليتها على صاحبها وملتقطها وسائر الناس فى إباحة الانتفاع بها وملكها بعد التعريف حفظا لماليتها على صاحبها بدفع قيمتها اليه وتقع لغيره فيجب ذلك لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن إضاعة المال ولما فيه من المصلحة والحفظ لمال المسلم عليه وعلى أخيه ولان فى إثبات الملك فيها حثا على التقاطها وحفظها وتعريفها لكونه وسيلة الى الملك المقصود للآدمى وفى نفى ملكها تضييع لها لما فى التقاطها من الخطر والمشقة والكلفة من غير نفع يصل اليه فيؤدى الى أن لا يلتقطها أحد لتعريفها فتضيع ، وما ذكروه فى الفرق ملغى بالشاة فقد ثبت الملك فيها مع هذا الفرق ، ثم يمكننا أن نقيس على الشاة فلا يحصل هذا الفرق بين الاصل والفرع والله أعلم ، ثم قلب دليلهم فنقول لقطة لا تملك فى الحرم فما أبيح التقاطه منها ملك إذا كان فى الحل كالإبل .

فصل

وظاهر كلام أحمد والخرقى أن لقطة الحل والحرم سواء ، وروى ذلك عن ابن عمر وابن عباس وعائشة وابن المسيب وهو مذهب مالك وأبى حنيفة ، وروى عن أحمد رواية أخرى أنه لا يجوز التقاط لقطة الحرم للتملك وإنما يجوز حفظها لصاحبها فإن التقطها عرفها أبداً حتى يأتى صاحبها ، وهو قول عبدالرحمن بن مهدى وأبى عبيد وعن الشافعى كالمذهبين والحجة لهذا القول قول النبى صلى الله عليه وسلم فى مكة « لا تحل ساقطتها إلا لمنشد » متفق عليه .

وقال أبو عبيد : المنشد المعروف والناشد الطالب وينشد : اصاخة الناشد للمنشد ، فيكون معناه لا تحل لقطة مكة إلا لمن يعرفها لأنها خصت بهذا من سائر البلدان ؛ وروى يعقوب بن شيبة فى مسنده عن عبد الرحمن بن عثمان التيمى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لقطة الحاج ، قال ابن وهب يعنى يتركها حتى يجدها صاحبها . رواه أبو داود أيضا .

ووجه الرواية الاولى عموم الأحاديث وأنه أحد الحرمين فأشبه حرم المدينة ولانها أمانة فلم يختلف حكمها بالحل والحرم كالوديعة ؛ وقول النبي صلى الله عليه وسلم « إلا لمنشد » يحتمل أن يريد إلا لمن عرفها عاما وتخصيصها بذلك لتأكدها لا لتخصيصها كقوله عليه السلام « ضالة المسلم حرق النار » وضالة الذمى مقيسة عليها

(فصـــل) إذا التقط لقطة عازما على تملكها بغير تعريف فقد فعل محرما ولا يحل له أخذها بهذه النية فإذا أخذها لزمه ضمانها سواء تلفت بتفريطه أو بغير تفريط ولا يملكها وان عرفها لانه أخذ مال غيره على وجه لا يجوز له أخذه فأشبه الغاصب . نص على هذا أحمد

ويحتمل أن يملكها لأن ملكها بالتعريف والالتقاط وقد وجد فيملكها به كالاصطياد والاحتشاش فإنه لو دخل حائطا لغيره بغير إذنه فاحتش أو اصطاد منه صيداً ملكه وان كان دخوله محرما كذا ههنا ولان عموم النص يتناول هذا الملتقط فيثبت حكمه فيه ولاننا لو اعتبرنا نية التعريف وقت الالتقاط لافترق الحال بين العدل والفاسق والصبي والسفيه لان الغالب على هؤلاء الالتقاط للتملك من غير تعريف

« مسألة » قال (وحفظ وكاءها وعفاصها وحفظ عددها وصفتها)

الأصل فى هذا قول النبي (ص) فى حديث زيد بن خالد « أعرف وكاءها وعفاصها » وقال فى حديث أبي بن كعب « أعرف عفاصها ووكاءها وعددها ثم عرفها سنة » وفى لفظ عن أبي بن كعب أنه قال وجدت مائة دينار فأتيت بها النبي صلى الله عليه وسلم فقال « عرفها حولا » فعرفتها حولا فلم تعرف فرجعت اليه فقال « أعرف عدتها ووعاءها ووكاءها واخلطها بمالك فإن جاء ربها فأدها اليه » .

فى هذا الحديث أنه أمره بمعرفة صفاتها بعد التعريف وفى غيره أمره بمعرفتها

حين التقاطها قبل التعريف وهو الأولى ليحصل عنده علم ذلك ، فإذا جاء صاحبها فنعتها غلب على ظنه صدقه فيجوز الدفع اليه حينئذ ، وان أخر معرفة ذلك الى حين مجيء باغيها جاز لأن المقصود يحصل بمعرفتها حينئذ وان لم يجيء طالبها فأراد التصرف فيها بعد الحول لم يجز له حتى يعرف صفاتها لأن عينها تنعدم بالتصرف فلا يبقى له سبيل الى معرفة صفاتها إذا جاء صاحبها .

وكذلك ان خلطها بماله على وجه لا تتميز منه فيكون أمر النبي صلى الله عليه وسلم لأبي بمعرفة صفاتها عند خلطها بماله أمر إيجاب مضيق وأمره لزيد بن خالد بمعرفة ذلك حين الالتقاط واجبا موسعا والله أعلم .

قال القاضي : ينبغي أن يعرف جنسها دراهم أو دنانير ونوعها ، وان كانت ثيابا عرف لفافتها وجنسها ويعرف قدرها بالكيل وبالوزن أو بالعدد أو النوع ويعرف العقد عليها هل هو عقد واحد أو أكثر أنشوطة أو غيرها ويعرف صمام القارورة التي تدخل رأسها وعفاصها الذي تلبسه

(فصل) ويستحب أن يشهد عليها حين يجدها ، قال أحمد رحمه الله لا أحب أن يمسها حتى يشهد عليها ، فظاهر هذا أنه مستحب غير واجب وأنه إن لم يشهد عليها لا ضمان عليه ، وبهذا قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة إذا لم يشهد عليها ضمنها لقول رسول الله (ص) « من وجد لقطة فليشهد ذا عدل أو ذوي عدل » وهذا أمر يقتضي الوجوب ولأنه إذا لم يشهد كان الظاهر أنه أخذها لنفسه .

ولنا خبر زيد بن خالد وأبي بن كعب فإنه أمرهما بالتعريف دون الاشهاد ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة فلو كان واجبا لبينه النبي صلى الله عليه وسلم سيما وقد سئل عن حكم اللقطة فلم يكن ليخل بذكر الواجب فيها فيتعين حمل الأمر في حديث عياض على الندب والاستحباب ولأنه أخذ أمانة فلم يفتقر الى الاشهاد كالوديعة .

والمعنى الذي ذكروه غير صحيح فإنه إذا حفظها وعرفها فلم يأخذها لنفسه وفائدة الاشهاد صيانة نفسه عن الطمع فيها وكتمها وحفظها من ورثته ان مات ومن غرمائه ان أفلس وإذا أشهد عليها لم يذكر للشهود صفاتها لئلا ينتشر ذلك فيذهبها من لا يستحقها ويذكر صفاتها كما قلنا في التعريف ولكن يذكر للشهود

ما يذكره فى التعريف من الجنس والنوع ، قال أحمد فى رواية صالح وقد سأله إذا شهد عليها هل يبين كم هى ؟ قال لا : ولكن يقول قد أصبت لقطة ، ويستحب أن يكتب صفاتها ليكون أثبت لها مخافة أن ينساها ان اقتصر على حفظها بقلبه فإن الانسان عرضة للنسيان .

« مسألة » قال (فإن جاء ربها فوصفها له دفعت اليه بلا بينة)

يعنى إذا وصفها بصفاتها المذكورة دفعها اليه سواء غلب على ظنه صدقه أو لم يغلب وبهذا قال مالك وابو عبيد وداود وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة والشافعى لا يجبر على ذلك إلا ببينة ولا يجوز له دفعها اليه إذا غلب على ظنه صدقه ، قال أصحاب الرأى إن شاء دفعها اليه وأخذ كفيلا بذلك لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « البينة على المدعى » ولأن صفة المدعى لا يستحق بها كالمغصوب .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « فإن جاءك أحد يخبرك بعددها ووعائها ووكائها فادفعها اليه » قال ابن المنذر هذا الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وبه أقول رواه ابن القصار، فان جاء باغيها ووصف عفاصها وعددها فادفعها اليه وفى حديث زيد الذى ذكرناه « اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة ، فإن لم تعرف فاستنفقها وان جاء طالبها يوما من الدهر فأدها اليه يعنى إذا ذكر صفاتها لأن ذلك هو المذكور فى صدر الحديث ولم يذكر البينة فى شىء من الحديث ولو كانت شرطا للدفع لم يجز الاخلال به ولا أمر بالدفع بدونه ولأن إقامة البينة على اللقطة تتعذر لأنها انما سقطت حال الغفلة والسهو فتوقف دفعها منع لوصولها الى صاحبها أبداً وهذا يفوت مقصود الالتقاط ويفضى الى تضييع أموال الناس، وما هذا سبيله يسقط اعتبار البينة فيه كالانفاق على اليتيم والجمع بين هذا القول وبين تفضيل الالتقاط على تركه متناقض جداً لأن الالتقاط حينئذ يكون تضييعا لمال المسلم يقينا واتعابا لنفسه بالتعريف الذى لا يفيد والمخاطرة بدينه بتركه الواجب من تعريفها ، وما هذا سبيله يجب أن يكون حراما فكيف يكون فاضلا، وعلى هذا نقول لو لم يجب دفعها بالصفة لم يجز التقاطها لما ذكرناه .

وقول النبي (ص) « البينه على المدعى » يعنى إذا كان ثم منكر اقوله فى سياقه « واليمين على من أنكر » ولا منكر ههنا على أن البينة تختلف وقد جعل النبي صلى الله عليه وسلم بينة مدعى اللقطة ، وصفها فإذا وصفها فقد أقام بينته ، وقياس اللقطة على المغصوب غير صحيح فإن النزاع ثم فى كونه مغصوبا ، والاصل عدمه وقول المنكر يعارض دعواه فاحتيج الى البينة،وههنا قد ثبت كون هذاالمال لقطة وان له صاحبا غير من هو فى يده ولا مدعى له إلا الواصف وقد ترجح صدقه فينبغى أن يدفع اليه .

(فصل) فإن وصفها اثنان أقرع بينهما فمن وقعت له القرعة حلف أنها له وسلمت اليه ، وهكذا إن أقاما بينتين أقرع بينهما فمن وقعت له القرعة حلف ودفعت اليه ذكره القاضى .

وقال أبو الخطاب : تقسم بينهما لأنهما تساويا فيما يستحق به الدفع فتساويا فيها كما لو كانت فى أيديهما ، والذى قلنا أصح وأشبه بأصولنا فيما إذا تداعيا عينا فى يد غيرهما ولأنهما تداعيا عينا فى يد غيرهما وتساويا فى البينة أو فى عدمها فتكون لمن وقعت له القرعة كما لو ادعيا وديعة فى يد إنسان فقال هى لأحدكما لا أعرفه عينا وفارق ما إذا كانت فى أيديهما لان يد كل واحد منهما على نصفه فرجح قوله فيه ، وإن وصفها إنسان فأقام آخر البينة أنها له فهى لصاحب البينة لأنها أقوى من الوصف فإن كان الواصف قد أخذها انتزعت منه وردت الى صاحب البينة لاننا تبينا أنها له ، فان كان قد هلكت فلصاحبها تضمين من شاء من الواصف أو الدافع اليه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ويتخرج أن لا يلزم الملتقط شيء ، وهذا قول ابن القاسم صاحب مالك وأبو عبيد لأنه فعل ما أمر به لانه أمين غير مفرط ولا مقصر فلا يضمن كما لو دفعها بأمر الحاكم ولأن الدفع واجب عليه فصار الدفع بغير اختياره فلم يضمنها كما لو أخذها كرها .

ولنا أنه دفع مال غيره الى غير مستحقه اختياراً منه فضمنه كما لو دفع الوديعة الى غير مالكها إذا غلب على ظنه أنه مالكها ، فأما ان دفعها بحكم حاكم لم يملك صاحبها مطالبة الدافع لأنها مأخوذة منه على سبيل القهر فلم يضمنها كما لو غصبها

غاصب ، ومتى ضمن الواصف لم يرجع على أحد ، لأن العدوان منه والتلف عنده ، فإن ضمن الدافع رجع على الواصف لأنه كان سبب تغريمه ، إلا أن يكون الملتقط قد أقر للواصف أنه صاحبها ومالكها فإنه لا يرجع عليه لانه اعترف أنه صاحبها ومستحقها ، وأن صاحب البينة ظلمه بتضمينه فلا يرجع به على غير من ظلمه ، وإن كانت اللقطة قد تلفت عند الملتقط فضمنه إياها رجع على الواصف بما غرمه ، وليس لمالكها تضمين الواصف ، لأن الذى قبضه إنما هو مال الملتقط لا مال صاحب اللقطة ، بخلاف ما اذا سلم العين ، فأما ان وصفها إنسان فأخذها ثم جاء آخر فوصفها وادعاها لم يستحق شيئا ، لان الاول استحقها لوصفه إياها وعدم المنازع فيها وثبتت يده عليها ولم يوجد ما يقتضى انتزاعها منه ، فوجب إبقاؤها له كسائر ماله .

(فصل) ولو جاء مدع للقطة فلم يصفها ولا أقام بينة أنها له لم يجز دفعها اليه سواء غلب على ظنه صدقه أو كذبه ، لأنها أمانة فلم يجز دفعها الى من لم يثبت أنه صاحبها كالوديعه ، فإن دفعها فجاء آخر فوصفها أو أقام بينة لزم الواصف غرامتها له لانه فوتها على مالكها بتفريطه وله الرجوع على مدعيها لانه أخذ مال غيره ، ولصاحبها تضمين آخذها ، فإذا ضمنه لم يرجع على أحد ، وان لم يأت أحد يدعيها فللملتقط مطالبة آخذها بها لانه لا يأمن من مجيء صاحبها فيغرمه اياها ، ولانها أمانة فى يده فملك أخذها من غاصبها كالوديعه

« مسألة » قال ﴿ أو مثلها ان كانت قد استهلكت ﴾

وجملة ذلك أن اللقطة فى الحول أمانة فى يد الملتقط ان تلفت بغير تفريطه أو نقصت فلا ضمان عليه كالوديعه ، ومتى جاء صاحبها فوجدها أخذها بزيادتها المتصلة والمنفصلة لانها نماء ملكه : وان أتلفها الملتقط أو تلفت بتفريطه ضمنها بمثلها ان كانت من ذوات الامثال وبقيمتها ان لم يكن لها مثل ، لا أعلم فى هذا خلافا ، وان تلفت بعد الحول ثبت فى ذمته مثلها أو قيمتها بكل حال ، لأنها دخلت فى ملكه وتلفت من ماله ، وسواء فرط فى حفظها أو لم يفرط ، وان وجد العين ناقصة وكان نقصها بعد الحول أخذ العين وأرش نقصها ، لأن جميعها مضمون اذا تلفت

فكذلك اذا نقصت . وهذا قول أكثر العلماء الذين حكموا بملكه لها بمضى حول التعريف ؛ وأما من قال لا يملكها حتى يتملكها لم يضمنه اياها حتى يتملكها وحكمها قبل تملكه اياها حكمها قبل مضى حول التعريف . ومن قال لا تملك اللقطة بحال لم يضمنه اياها ، وبهذا قال الحسن والنخعى وأبو مجلز والحارث العكلى ومالك وأبو يوسف ، قالوا لا يضمن وان ضاعت بعد الحول ، وقد ذكرنا فيما تقدم دليل دخولها فى ملكه . وقال داود : اذا تملك العين وأتلفها لم يضمنها

وحكى ابن أبى موسى عن أحمد أنه لوح الى مثل هذا القول لحديث عياض بن حمار عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « فان جاء ربها والا فهى مال الله يؤتيه من يشاء » لجعله مباحا . وقوله فى حديث أبى بن كعب : فان جاء من يعرفها والا فهى كسبيل مالك . وفى حديث زيد « فان جاء صاحبها والا فشأنك بها » وروى فهى لك ولم يأمره برد بدلها

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « فان لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك ، فان جاء طالبها يوماً من الدهر فادفعها اليه » وقال الاثرم. قال احمد: أذهب الى حديث الضحاك بن عثمان جوّده ، ولم يروه أحد مثل مارواه « ان جاء صاحبها بعد سنة وقد أنفقها ردها اليه » لأنها عين يلزم ردها لو كانت باقية فيلزمه ضمانها اذا أتلفها كما قبل الحول ؛ ولانه مال معصوم فلم يجز اسقاط حقه منه مطلقا ، كما لو اضطر الى مال غيره ، وان وجد العين زائدة بعد الحول زيادة متصلة أخذها بزيادتها لأنها تتبع فى الرد بالعيب والإقالة فتبعت ههنا ، وان حدث بعد الحول لها نماء منفصل فهو للملتقط لأنه نماء ملكه متميز لا يتبع فى الفسوخ ؛ فكان له كنماء المبيع اذا رد بعيب

وذكر أبو الخطاب فيه وجهاً آخر بناء على المفلس اذا استرجعت منه العين بعد أن زادت زيادة متميزة ، والولد اذا استرجع أبوه ما وهب له بعد زيادته ، والصحيح أن الزياة للملتقط لما ذكرناه ، وكذلك الصحيح فى الموضعين اللذين ذكرهم أن الزيادة لمن حدثت فى ملكه ، ثم الفرق بينهما أنه فى مسألتنا يضمن النقص فتكون له الزيادة ليكون الخراج بالضمان ، وثم لا ضمان عليه فأمكن

أن لا يكون الخراج له والله أعلم ، ومتى اختلفا فى القيمه أو المثل فالقول قول الملتقط مع يمينه لأن الأصل براءة ذمته مما حلف عليه .

(فصل) وإن وجد العين بعد خروجها من ملك الملتقط ببيع أو هبة أو نحوهما لم يكن له الرجوع فيها وله أخذ بدلها لأن تصرف الملتقط وقع صحيحا لكونها صارت فى ملكه وإن صادفها قد رجعت إلى الملتقط بفسخ أو شراء أو غير ذلك فله أخذها لأنه وجد عين ماله فى يد ملتقطه فكان له أخذه كالزوج إذا طلق قبل الدخول فوجد الصداق قدرجع إلى المرأة وسائر أحكام الرجوع ههنا كحكم رجوع الزوج على ما نذكره فى موضعه إن شاء الله تعالى .

﴿ فصـــل ﴾

إذا أخذ اللقطة ثم ردها إلى موضعها ضمنها . روى ذلك عن طاوس وبه قال الشافعى ، وقال مالك لا ضمان عليه لما روى الأثرم عن القعنبي عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن ثابت بن الضحاك عن عمر أنه قال لرجل وجد بعيراً أرسله حيث وجدته : ولما روى عن جرير بن عبد الله أنه رأى فى بقره بقرة قد لحقت بها فأمر بها فطردت حتى توارت .

ولنا أنها أمانة حصلت فى يده فلزمه حفظها فإذا ضيعها لزمه ضمانها كما لو ضيع الوديعة ولأنها لما حصلت فى يده لزمه حفظها ، وتركها تضييعها ، فأما حديث عمر فهو فى الضالة التى لا تحل . فأما ما لا يحل التقاطه إذا أخذه فيحتمل أن له رده الى مكانه ولا ضمان عليه لهذه الآثار : ولأنه كان واجبا عليه تركه فى مكانه ابتداء فكان له ذلك بعد أخذه ، ويحتمل أن لا يبرأ من ضمانه برده فإنه دخل فى ضمانه فلم يبرأ من ضمانه برده الى مكانه كالمسروق وما يجوز التقاطه ، فعلى هذا لا يبرأ الا برده الى الامام أو نائبه ، وأما عمر فهو كان الامام فإذا أمر برده كان كأخذه منه وحديث جرير لا حجة فيه لأنه لم يأخذ البقرة ولا أخذها غلامه إنما لحقت بالبقر من غير فعله ولا اختياره .

(فصل) وان ضاعت اللقطة من ملتقطها بغير تفريط فلا ضمان عليه لانها أمانة فى يده فأشبهت الوديعة فإن التقطها آخر فعرف أنها ضاعت من الاول فعليه ردها اليه لانه قد ثبت له حق التمول وولاية التعريف والحفظ فلا يزول ذلك

بالضياع فان لم يعلم الثانى بالحال حتى عرفها حولا ملكها لان سبب الملك وجد منه من غير عدوان فيثبت الملك به كالاول ولا يملك الاول انتزاعها لان الملك مقدم على حق التملك واذا جاء صاحبها فله أخذها من الثانى وليس له مطالبة الاول لانه لم يفرط . وان علم الثانى بالاول فردها اليه فأبى أخذها : وقال عرفها أنت فعرفها ملكها أيضا لان الاول ترك حقه فسقط وان قال عرفها ويكون ملكها لى ففعل فهو مستنيب له فى التعريف ويملكها الاول لانه وكله فى التعريف فصح كما لو كانت فى يد الاول ، وان قال عرفها وتكون بيننا ففعل صح أيضا وكانت بينهما لانه أسقط حقه من نصفها ووكله فى الباقى ، وان قصد الثانى بالتعريف تملكها لنفسه دون الاول احتمل وجهين .

أحدهما : يملكها : لان سبب الملك وجد منه فملكها كما لو أذن له الاول فى تعريفها لنفسه .

والثانى : لا يملكها لان ولاية التعريف للأول أشبه ما لو غصبها من الملتقط غاصب فعرفها وكذلك الحكم اذا علم الثانى بالاول فعرفها ولم يعلمه بها، ويشبه هذا المتحجر فى الموات اذا سبقه غيره الى ما حجره فأحياه بغير اذنه . فأما ان غصبها غاصب من الملتقط فعرفها لم يملكها وجها واحداً لانه معتد بأخذها ولم يوجد منه سبب تملكها فان الالتقاط من جملة السبب ولم يوجد منه ويفارق هذا ما اذا التقطها ثان فانه وجد منه الالتقاط والتعريف .

(فصل) ومن اصطاد سمكة فوجد فيها درة فهى للصياد لان الدر يكون فى البحر بدليل قول الله تعالى (وتستخرجون منه حلية تلبسونها) فتكون لآخذها ، فان باعها الصياد ولم يعلم فوجدها المشترى فى بطنها فهى للصياد نص عليه أحمد ، لانه اذا لم يعلم ما فى بطنها فلم يبعه ولم يرض بزوال ملكه عنه فلم يدخل فى البيع كمن باع داراً له مال مدفون فيها ، وان وجد فى بطنها عنبرة أو شيئا مما يكون فى البحر فهو للصياد لما ذكرنا وحكمه حكم الجوهرة ، وان وجد دراهم أو دنانير فهى لقطة لان ذلك لا يخلق فى البحر ولا يكون الا لآدمى فيكون لقطة كما لو وجده فى البحر ، وكذلك الحكم فى الدرة اذا كان فيها أثر لآدمى مثل أن تكون مثقوبة

أو متصلة بذهب أو فضة أو غيرهما فانها تكون لقطة لا يملكها الصياد لانها لم تقع في البحر حتى تثبت اليد عليها فهي كالدينار .

وكذلك الحكم في العنبرة اذا كانت موصولة بذهب أو فضة أو مصنوعة كالتفاحة مثقوبة ونحو ذلك مما لا يخلق عليه في البحر فهي لقطة ، وان وجدها الصياد فعليه تعريفها لانه ملتقطها ، وان وجدها المشتري فالتعريف عليه لانه واجدها ولا حاجة الى البداية بالبائع فانه لا يحتمل أن تكون السمكة ابتلعت ذلك بعد اصطيادها وملك الصياد لها فاستوى هو وغيره .

فأما ان اشترى شاة ووجد في بطنها درة أو عنبرة أو دنانير أو دراهم فهي لقطة يعرفها ويبدأ بالبائع لانه يحتمل أن تكون ابتلعتها في ملكه فيبدأ به كقولنا في مشتري الدار اذا وجد فيها مالا مدفونا ، وان اصطاد السمكة من غير البحر كالنهر والعين فحكمها حكم الشاة في أن ما وجد في بطنها من ذلك فهو لقطة ، درة كانت أو غيرها لان ذلك لا يكون الا في البحر بحكم العادة ، ويحتمل أن تكون الدرة للصياد لقول الله تعالى (ومن كل تأكلون لحما طريا وتستخرجون حلية تلبسونها)

(فصل) وان وجد عنبرة على ساحل البحر فهي له لانه يمكن أن يكون البحر ألقاها والاصل عدم الملك فيها فكانت مباحة لآخذها كالصيد ، وقد روى سعيد قال حدثنا اسماعيل بن عياش عن معاوية بن عمرو العبدي قال ألقى بحر عدن عنبرة مثل البعير فأخذها ناس بعدن فكتب الى عمر بن عبد العزيز فكتب الينا أن خذوا منها الخمس وادفعوا اليهم سائرها ، وان باعوكموها فاشتروها فأردنا أن نزنها فلم نجد ميزانا يخرجها فقطعناها باثنين ووزناها فوجدناها ستمائة رطل فأخذنا خمسها ودفعنا سائرها اليهم ثم اشتريناها بخمسة آلاف دينار وبعثنا بها الى عمر ابن عبد العزيز فلم يلبث الا قليلا حتى باعها بثلاثة وثلاثين ألف دينار .

(فصل) وان صاد غزالا فوجده مخضوبا أو في عنقه حرز أو في أذنه قرط ونحو ذلك مما يدل على ثبوت اليد عليه فهو لقطة لان ذلك دليل على أنه كان مملوكا ، وقال أحمد فيمن ألقى شبكة في البحر فوقعت فيها سمكة فجذبت الشبكة فمرت بها في البحر فصادها رجل فان السمكة للذي حازها والشبكة يعرفها ويدفعها الى صاحبها، فجعل الشبكة لقطة لانها مملوكة لآدمي والسمكة لمن صادها لانها كانت

مباحة ولم يملكها صاحب الشبكة لكون شبكته لم تثبتها فبقيت على الإباحة ، وهكذا لو نصب فخا أو شركا فوقع فيه صيد من صيود البر فأخذه وذهب به وصاده آخر فهو لمن صاده ويرد الآلة إلى صاحبها فهى لقطة يعرفها .

وقال أحمد فى رجل انتهى إلى شرك فيه حمار وحش أو ظبية قد شارف الموت فخلصه وذبحه هو لصاحب الأحبولة وما كان من الصيد فى الأحبولة فهو لمن نصبها ، وإن كان بازيا أو صقراً أو عقابا ، وسئل عن بازى أو صقر أو كلب معلم أو فهد ذهب عن صاحبه فدعاه فلم يجبه ومر فى الأرض حتى أتى لذلك أيام فأتى قرية فسقط على حائط فدعاه رجل فأجابه قال يرده على صاحبه ، قيل له فان دعاه فلم يجبه فنصب له شركا فصاده به ؟ قال يرده على صاحبه ، فجعل هذا لصاحبه لأنه قد ملكه فلم يزل ملكه عنه بذهابه عنه

والسمكة فى الشبكة لم يكن ملكها ولا حازها وكذلك جعل ما وقع فى الحبولة من البازى والصقر والعقاب لصاحب الحبولة ولم يجعله ههنا لمن وقع فى شركه لأن هذا فيما علم أنه قد كان مملوكا لإنسان فذهب وانما يعلم هذا بالخبر أو بوجود ما يدل على الملك فيه مثل وجود السير فى رجله وأثار التعلم مثل استجابته للذى يدعوه ونحو ذلك ، ومتى لم يوجد ما يدل على أنه مملوك فهو لمن اصطاده لأن الاصل عدم الملك فيه وإباحته .

(فصل) ومن أخذت ثيابه من الحمام ووجد بدلها وأخذ مداسه وترك له بدله لم يملكه بذلك ، قال أبو عبد الله فيمن سرقت ثيابه ووجد غيرها لم يأخذها فإن أخذها عرفها سنة ثم تصدق بها إنما قال ذلك لان سارق الثياب لم تجر بينه وبين مالكها معاوضة تقتضى زوال ملكه عن ثيابه فإذا أخذها فقد أخذ مال غيره ولا يعرف صاحبه فيعرفه كاللقطة ، ويحتمل أن ينظر فى هذا فإن كانت ثم قرينة تدل على السرقه بأن تكون ثيابه أو مداسه خيراً من المتروكة وكانت مما لا تشتبه على الاخذ بثيابه ومداسه فلا حاجة إلى التعريف لان التعريف انما جعل فى المال الضائع عن ربه ليعلم به ويأخذه ، وتارك هذا عالم به راض ببدله عوضا عما أخذه ولا يعترف أنه له فلا يحصل فى تعريفه فائدة فإذا هو ليس بمنصوص عليه ولا فى معنى المنصوص وفيما يصنع بها ثلاثة أوجه ، أحدها : أنه يتصدق به على ما ذكرنا .

الثانى : أن يباح له أخذها لأن صاحبها فى الظاهر تركها له باذلا إياها له عوضا عما أخذه فصار كالمبيح له أخذها بلسانه فصار كمن قهر إنسانا على أخذ ثوبه ودفع إليه درهما .
الثالث : أنه يرفعها إلى الحاكم ليبيعها ويدفع إليه ثمنها عوضاً عن ماله ، والوجه الثانى أقرب إلى الرفق بالناس لان فيه نفعاً لمن سرقت ثيابه بحصول عوض عنها ونفعا للسارق بالتخفيف عنه من الاثم وحفظا لهذه الثياب المتروكة من الضياع ، وقد أباح بعض أهل العلم لمن له على إنسان حق من دين أو غصب أن يأخذ من مال من عليه الحق بقدر ما عليه اذا عجز عن استيفائه بغير ذلك فهنا مع رضاه من عليه الحق بأخذه أولى ، وان كانت ثم قرينة دالة على أن الآخذ للثياب إنما أخذها ظنا منه أنها ثيابه مثل أن تكون المتروكة خيرا من المأخوذة أو مثلها وهى ما تشتبه بها فينبغى أن يعرفها ههنا لان صاحبها لم يتركها عمداً فهى بمنزلة الضائعة منه والظاهر أنه اذا علم بها أخذها ورد ما كان أخذه فتصير كاللقطة فى المعنى وبعد التعريف اذا لم تعرف ففيها الاوجه التى ذكرناها الا أننا اذا قلنا يأخذها أو يبيعها الحاكم ويدفع اليه ثمنها فإنما يأخذ بقدر قيمة ثيابه لا يزيد عليها لان الزائد فاضل عما يستحقه ولم يرض صاحبها بتركها عوضا عما أخذه فإنه لم يأخذ غيرها اختياراً منه لتركها ولا رضى بالمعاوضة بها ، واذا قلنا انه يدفعها الى الحاكم ليبيعها ويدفع اليه ثمنها فله أن يشتريها بثمن فى ذمته ويسقط عنه من ثمنها ما قابل ثيابه ويتصدق بالباقى والله أعلم .

فصل

قال أحمد فيمن عنده رهون قد أتى عليها زمان لا يعرف صاحبها يبيعها ويتصدق بثمنها فإن جاء صاحبها غرمها له ، وهذا محمول على من استوفى ديونه التى رهن الرهن بها فأما من لم يستوف دينه فإن كان قد أذن له فى بيعها باعها واستوفى دينه من ثمنها وتصدق بالباقى وان لم يكن أذن له فى بيعها ورفعها الى الحاكم ليبيعها ويقبضه حقه من ثمنها ويتصدق بباقيه .

(فصل) نقل الفضل بن زياد عن أحمد اذا تنازع صاحب الدار والساكن فى دفن فى الدار فقال كل واحد منهما أنا دفنته ، بين كل واحد منهما ما الذى دفن

فكل من أصاب الوصف فهو له ، وذلك لأن مايوجد فى الأرض من الدفن مما عليه علامة المسلمين فهو لقطة ، واللقطة تستحق بوصفها ولأن المصيب للوصف فى الظاهر هو من كان ذلك فى يده فكان أحق به ، كما لو تنازعه أجنبيان فوصفه أحدهما .

(فصل) ومن وجد لقطة فى دار الحرب فان كان فى الجيش فقال أحمد يعرفها سنة فى دار الاسلام ثم يطرحها فى المقسم إنما عرفها فى دار الاسلام لأن أموال أهل الحرب مباحة ويجوز أن تكون لمسلم ولأنه قد لا يمكنه المقام فى دار الحرب لتعريفها ، ومعناه والله أعلم يتم التعريف فى دار الاسلام ، فأما ابتداء التعريف فيكون فى الجيش الذى هو فيه ، لأنه يحتمل أن تكون لأحدهم ، فإذا قفل أتم التعريف فى دار الإسلام ، فأما إن كان دخل دارهم بأمان فينبغى أن يعرفها فى دارهم لأن أموالهم محرمة عليه ، فإذا لم تعرف ملكها كما يملكها فى دار الإسلام ، وإن كان فى الجيش طرحها فى المقسم بعد التعريف لأنه وصل إليها بقوة الجيش ، فأشبهت مباحات دار الحرب إذا أخذ منها شيئا ، وان دخل اليهم متلصصاً فوجد لقطة عرفها فى دار الاسلام لأن أموالهم مباحة له ثم يكون حكمها حكم غنيمته ، ويحتمل أن تكون غنيمة له لا تحتاج إلى تعريف لأن الظاهر أنها من أموالهم ، وأموالهم غنيمه

« مسألة » قال (وان كان الملتقط قد مات فصاحبها غريم بها)

وجملة ذلك أن الملتقط اذا مات واللقطة موجودة بعينها قام وارثه مقامه فى إتمام تعريفها إن مات قبل الحول ويملكها بعد إتمام التعريف ، فإن مات بعد الحول ورثها الوارث كسائر أموال الميت ، ومتى جاء صاحبها أخذها من الوارث كما يأخذها من الموروث ، فإن كانت معدومة العين فصاحبها غريم للميت بمثلها إن كانت من ذوات الأمثال ، أو بقيمتها إن لم تكن كذلك ، فيأخذ ذلك من تركته إن اتسعت لذلك ، وان ضاقت التركة زاحم الغرماء ببدلها ، سواء تلفت بعد الحول بفعله أو بغير فعله لأنها قد دخلت فى ملكه بمضى الحول

وان علم أنها تلفت قبل الحول بغير تفريطه فلا ضمان عليه ولا شىء لصاحبها

لأنها أمانة في يده تلفت بغير تفريطه فلم يضمنها كالوديعة . وكذلك ان تلفت بعد الحول قبل تملكها من غير تفريط على رأى من رأى أنها لا تدخل في ملكه حتى يتملكها ، وقد مضى الكلام في ذلك .

فأما ان لم يعلم تلفها ولم يجدها في تركته فظاهر كلام الخرقي أن صاحبها غريم بها ، سواء كان قبل الحول أو بعده لأن الاصل بقاؤها : ويحتمل أن لا يلزم الملتقط شيء ويسقط حق صاحبها ، لان الاصل براءة ذمة الملتقط منها ، ويحتمل أن تكون تلفت بغير تفريطه فلا تشغل ذمته بالشك ، ويحتمل أنه ان كان الموت قبل الحول فلا شيء عليه لأنها كانت أمانة عنده ولم تعلم جنايته فيها ، والاصل براءة ذمته منها ، وان مات بعد الحول فهي في تركته لان الاصل بقاؤها الى مابعد الحول ودخولها في ملكه ووجوب بدلها عليه

فإن قيل فقد قلتم ان صاحبها لو جاء بعد بيع الملتقط لها أو هبته لم يكن له الا بدلها ، فلم قلتم انها اذا انتقلت الى الوارث بملك صاحبها أخذها ؟

قلنا لأن الوارث خليفة الموروث ، وانما يثبت له الملك فيها على الوجه الذي كان ثابتاً لموروثه وملك موروثه فيها كان مراعا مشروطا بعدم مجيء صاحبها ، فكذلك ملك وارثه بخلاف ملك المشترى والمتهب فإنهما يملكان ملكا مستقراً .

« مسألة » قال (وان كان صاحبها جعل لمن وجدها شيئا معلوما فله أخذه ان كان التقطها بعد أن بلغه الجعل)

وجملة ذلك أن الجعالة في رد الضالة والآبق وغيرهما جائزة . وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي ، ولا نعلم فيه مخالفاً ، والاصل في ذلك قول الله عز وجل (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم)

وروى أبو سعيد أن ناساً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أتوا حياً من أحياء العرب فلم يقروهم ، فبينما هم كذلك اذ لدغ سيد أولئك ، فقالوا هل فيكم راق ؟ فقالوا لم تقرونا فلا نفعل حتى تجعلوا لنا جعلا ، فجعلوا لهم قطيع شياه فجعل رجل يقرأ بأم القرآن ويجمع بزاقه ويتفل فبرأ الرجل ، فأتوهم بالشاء فقالوا لا نأخذها حتى نسأل عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فسألوا النبي (ص)

فقال « وما أدراك انها رقيه ؟ خـذوها واضربوا لى معكم بسهم » رواه البخارى ، ولأن الحاجة تدعو الى ذلك ، فإن العمل قد يكون مجهولا كرد الآبق والضـالة ونحو ذلك ولا تنعقد الاجارة فيه ، والحاجه داعية الى ردها ، وقد لا يجد من يتبرع به فدعت الحاجة الى اباحة بذل الجعل فيه مع جهالة العمل لأنها غير لازمه بخلاف الاجارة ، ألا ترى أن الاجارة لما كانت لازمة افتقرت الى تقدير مدة ، والعقود الجائزة كالشركة والوكالة لا يجب تقدير مدتها ، ولأن الجائزة لكل واحد منهما تركها فلا يؤدى الى أن يلزمه مجهول عنده بخلاف اللازمة

اذا ثبت هذا : فإذا قال : من رد علىّ ضالتى أو عبدى الآبق أو خاط لى هـذا القميص أو بنى لى هذا الحائط فله كذا وكذا صح وكان عقداً جائزاً لكل واحد منهما الرجوع فيه قبل حصول العمل ، لكن ان رجع الجاعل قبل التلبس بالعمل فلا شىء عليه . وان رجع بعد التلبس به فعليه للعامل أجرة مثله ، لأنه انما عمل بعوض فلم يسلم له ، وان فسخ العامل قبل اتمام العمل فلا شىء له لأنه أسقط حق نفسه حيث لم يأت بما شرط عليه العوض ويصير كعامل المضاربة ، واذا فسخ قبل ظهور الربح ، ولابد أن يكون العوض معلوما والفرق بينه وبين العمل من وجهين

أحدهما : أن الحاجة تدعو الى كون العمل مجهولا بأن لا يعلم موضع الضالة والآبق ، ولا حاجة الى جهالة العوض

والثانى : أن العمل لايصير لازما فلم يجب كونه معلوما والعوض يصير لازما بإتمام العمل فوجب كونه معلوما ، ويحتمل أن تجوز الجعالة مع جهالة العوض اذا كانت الجهالة لا تمنع التسليم ، نحو أن يقول : من رد عبدى الآبق فله نصفه ، ومن رد ضالتى فله ثلثها ، فإن أحمد قال : اذا قال الأمير فى الغزو من جاء بعشرة رءوس فله رأس جاز

وقالوا : اذا جعل جعلا لمن يدله على قلعة أو طريق سهل ، وكان الجعل من مال الكفار جاز أن يكون مجهولا ، كجارية يعينها العامل ، فتخرج ههنا مثله ، فأما ان كانت الجهالة تمنع التسليم لم تصح الجعالة وجها واحداً ؛ وان كان العمل معلوما ، مثل أن يقول . من رد عبدى من البصرة أو بنى لى هذا الحائط أو خاط قميصى هذا فله كذا صح ، لأنه اذا صح مع الجهالة فمع العلم أولى ، وان علقه بمدة

معلومة فقال . من رد لى عبدى من العراق الى شهر فله دينار ، أو من خاط قميصى هذا فى اليوم فله درهم صح ، لان المدة اذا جازت مجهولة فمع التقدير أولى ، فإن قيل الصحيح من المذهب أن مثل هذا لا يجوز فى الاجارة فكيف أجزتموه فى الجعالة ، قلنا الفرق بينهما من وجوه :

أحدها أن الجعاله يحتمل فيهاالغرر وتجوز جهالة العمل والمدة بخلاف الاجارة

الثانى أن الجعاله عقد جائز فلا يلزمه مالدخول فيها مع الغرر ضرر ، بخلاف الاجارة فإنها عقد لازم ، فإذا دخل فيها مع الغرر لزمه ذلك

الثالث : ان الاجارة اذا قدرت بمدة لزمه العمل فى جميعها ولا يلزمه العمل بعدها ، فإذا جمع بين تقدير المدة والعمل فربما عمله قبل المدة ، فان قلنا يلزمه العمل فى بقية المدة فقد لزمه من العمل أكثر من المعقود عليه ، وان قلنا لا يلزمه فقد خلا بعض المدة من العمل : فان انقضت المدة قبل عمله فألزمناه اتمام العمل فقد لزمه العمل فى غير المدة المعقود عليها ، وان قلنا لا يلزمه العمل فما أتى بالمعقود عليه من العمل بخلاف مسألتنا ، فان العمل الذى يستحق به الجعل هو عمل مقيد بمدة ان أتى به فيها استحق الجعل ولا يلزمه شىء آخر ، وان لم يف به فيها فلا شىء له . اذا ثبت هذا فإنما يستحق الجعل من عمل العمل بعد أن بلغه ذلك ، لانه عوض يستحق بعمل فلا يستحقه من لم يعمل : كالاجر فى الاجارة

(فصل) ويجوز أن يجعل الجعل فى الجعالة لواحد بعينه فيقول له : ان رددت عبدى فلك دينار فلا يستحق الجعل من يرده سواه ، ويجوز أن يجعله لغير معين، فيقول من ردعبدى فله دينار فمن رده استحق الجعل ويجوز أن يجعل لواحد فى رده شيئا معلوما ولآخر أكثر منه أو أقل ، ويجوز أن يجعل للمتعين عوضا ولسائر الناس عوضا آخر ، لأنه يجوز أن يكون الاجر فى الاجارة مختلفا مع التساوى فى العمل فهنا أولى ، فان قال : من رد لقطتى فله دينار فردها ثلاثة فلهم الدينار بينهم أثلاثا لأنهم اشتركوا فى العمل الذى يستحق به العوض فاشتركوا فى العوض كالاجر فى الاجارة ، فان قيل : أليس لو قال من دخل هذا النقب فله دينار فدخله جماعة استحق كل واحد منهم دينارا كاملا فلم لا يكون ههنا كذلك ؟

قلنا لأن كل واحد من الداخلين دخل دخولا كاملا كدخول المنفرد فاستحق العوض كاملا ، وههنا لم يرده واحد منهم كاملا ، انما اشتركوا فيه فاشتركوا في عوضه : فنظير مسئلة الدخول مالو قال: من رد عبداً من عبيدى فله دينار فرد كل واحد منهم عبداً، ونظير مسئلة الرد ما لو قال من نقب السور فله دينار فنقب ثلاثة نقبا واحداً ، فإن جعل لواحد فى ردها دينارا ولآخر دينارين ولثالث ثلاثة فرده الثلاثة فلكل واحد منهم ثلث ما جعل له لأنه عمل ثلث العمل فاستحق ثلث المسمى فإن جعل لواحد ديناراً وللآخرين عوضا مجهولا فردوه معاً فلصاحب الدينار ثلاثة وللآخرين أجر عملهما ، وان جعل لواحد شيئا فى ردها ، فردها هو وآخران معه وقالا رددنا معاونة له ، استحق جميع الجعل ولا شيء لهما ، وإن قالا رددناه لنأخذ العوض لأنفسنا فلا شيء لهما وله ثلث الجعل ، لأنه عمل ثلث العمل فاستحق ثلث الجعل ولم يستحق الاخران شيئا لأنهما عملا من غير جعل ، وهذا كله مذهب الشافعى ولا أعلم فيه خلافا

(فصـــل) وإن قال : من رد عبدى من بلد كذا فله دينار ، فرده انسان من نصف طريق ذلك البلد استحق نصف الجعل لأنه عمل نصف العمل ، وكذلك لو قال من رد عبدىّ فله دينار فرد أحدهما فله نصف الدينار لأنه رد نصف العبدين، وإن رد العبد من غير البلد المسمى فلاشيء له . لأنه لم يجعل فى رده منه شيئا فأشبه ما لو جعل فى رد أحد عبديه شيئا فرد الآخر ، ولو قال من رد عبدى فله دينار فرده إنسان الى نصف الطريق فهرب منه لم يستحق شيئا ، لأنه شرط الجعل برده ولم يرده ، وكذلك لو مات . كما لو استأجر لخياطة ثوب فخاطه ولم يسلمه حتى تلف لم يستحق أجره ، فان قيل : فان كان الجاعل قال من وجد لقطتى فله دينار فقد وجد الوجدان؟ قلنا قرينة الحال تدل على اشتراط الرد والمقصود هو الرد لا الوجدان المجرد ، وانما اكتفى بذكر الوجدان لأنه سبب الرد ، فصار كأنه قال : من وجد لقطتى فردها علىّ .

(فصل) والجعالة تساوى الإجارة فى اعتبار العلم بالعوض ، وما كان عوضا فى الاجارة جاز أن يكون عوضا فى الجعالة وما لا فلا ، وفى أن ما جاز أخذ العوض عليه فى الاجارة من الاعمال جاز أخذه عليه فى الجعالة ، ومالا يجوز أخذ الاجرة

عليه فى الإجارة مثل الغناء والزمر وسائر المحرمات لايجوز أخذ الجعل عليه ، وما يختص فاعله أن يكون من أهل القربة مما لا يتعدى نفعه فاعله كالصلاة والصيام لا يجوز أخذ الجعل عليه فإن كان مما يتعدى نفعه كالأذان والإقامه والحج ففيه وجهان كالروايتين فى الإجارة ويفارق الإجارة فى أنه عقد جائز وهى لازمة وأنه لا يعتبر العلم بالمدة ولا بمقدار العمل ولا يعتبر وقوع العقد مع واحد معين ، فعلى هذا متى شرط عوضا مجهولا كقوله ان رددت عبدى فلك ثوب أو فلك سلبه أو شرط عوضاً محرما كالخمر والحر أو غير مقدور عليه كقوله من رد عبدى فله ثلثه أو من رد عبدىّ فله أحدهما فرده إنسان استحق أجر المثل لأنه عمل عملا بعوض لم يسلم له فاستحق أجره كما فى الإجارة .

فصل

ومن رد لقطة أو ضالة أو عمل لغيره عملا غير رد الآبق بغير جعل لم يستحق عوضا لا نعلم فى هذا خلافا لأنه عمل يستحق به العوض مع المعاوضة فلا يستحق مع عدمها كالعمل فى الإجارة ، فإن اختلفا فى الجعل فقال جعلت لى فى رد لقطتى كذا فأنكره المالك فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل معه ، وان اتفقا على العوض واختلفا فى قدره فالقول قول المالك لأن الأصل عدم الزائد المختلف فيه ولأن القول قوله فى أصل العوض فكذلك فى قدره كرب المال فى المضاربة ، ويحتمل أن يتحالفا كالمتبايعين إذا اختلفا فى قدر الثمن ، والاجير والمستأجر إذا اختلفا فى قدر الاجر ، فعلى هذا إن تحالفا فسخ العقد ووجب أجر المثل ، وكذلك الحكم إن اختلفا فى المسافه فقال جعلت لك الجعل على ردها من حلب فقال بل على ردها من حمص ، وان اختلفا فى عين العبد الذى جعل الجعل فى رده فقال رددت العبد الذى شرطت لى الجعل فيه قال بل شرطت لك الجعل فى العبد الذى لم ترده فالقول قول المالك لانه أعلم بشرطه ولانه ادعى عليه شرطاً فى هذا العقد فأنكره والاصل عدم الشرط .

(فصل) أما العبد الآبق فإنه يستحق الجعل برده وإن لم يشرط له ، روى هذا عن عمر وعلى وابن مسعود ، وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز ومالك وأصحاب الرأى ، وقد روى عن أحمد أنه لم يكن يوجب ذلك .

قال ابن منصور سئل أحمد عن جعل الآبق فقال لا أدرى قد تكلم الناس فيه، لم يكن عنده فيه حديث صحيح، فظاهر هذا أنه لا جعل له فيه وهو ظاهر قول الخرقى فانه قال: وإذا أبق العبد فلمن جاء به الى سيده ما أنفق عليه، ولم يذكر جعلا، وهذا قول النخعى والشافعى وابن المنذر، لأنه عمل لغيره عملا من غير أن يشرط له عوضا فلم يستحق شيئا كما لو رد جمله الشارد.

ووجه الرواية الاولى ما روى عمرو بن دينار وابن أبى مليكة أن النبى صلى الله عليه وسلم جعل فى جعل الابق إذا جاء به خارجا من الحرم ديناراً وأيضا فانه قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم فى زمنهم مخالفا فكان إجماعا، ولان فى شرط الجعل فى ردهم حثا على رد الإباق وصيانة لهم عن الرجوع الى دار الحرب وردتهم عن دينهم وتقويه أهل الحرب بهم، فينبغى أن يكون مشروعا لهذه المصلحة، وبهذا فارق رد الشارد فانه لا يفضى الى ذلك.

والرواية الاخرى أقرب الى المصلحة لأن الأصل عدم الوجوب، والخبر المروى فى هذا مرسل وفيه مقال ولم يثبت الإجماع فيه ولا القياس فإنه لم يثبت اعتبار الشرع لهذه المصلحة المذكورة فيه ولا تحققت أيضا فإنه ليس الظاهر هربهم الى دار الحرب إلا فى المجلوب منها، إذا كانت قريبه وهذا بعيد فيهم، فأما على الرواية الاولى فقد اختلفت الرواية فى قدر الجعل فروى عن أحمد أنه عشرة دراهم أو دينار إن رده من المصر وان رده من خارجه ففيه روايتان:

إحداهما: يلزمه دينار أو إثنى عشر درهما للخبر المروى فيه، ولأن ذلك يروى عن عمر وعلى رضى الله عنهما.

والثانية: له أربعون درهما ان رده من خارج المصر: اختارها الخلال وهو قول ابن مسعود وشريح، فروى أبو عمر الشيبانى قال: قلت لعبد الله بن مسعود إنى أصبت عبيداً أباقا، فقال: لك أجر وغنيمة، فقلت هذا الأجر فما الغنيمة؟ قال: من كل رأس أربعين درهما.

وقال أبو إسحاق: أعطيت الجعل فى زمن معاوية أربعين درهما، وهذا يدل على أنه مستفيض فى العصر الاول، قال الخلال: حديث ابن مسعود أصح إسناداً وروى عن عمر بن عبد العزيز أنه قال إذا وجده على مسيرة ثلاث فله ثلاثة دنانير

وقال أبو حنيفة ان رده من مسيرة ثلاثة أيام فله أربعون درهما وان كان من دون ذلك يرضخ له على قدر المكان الذى تعنى اليه ، ولا فرق عند امامنا بين أن يزيد الجعل على قيمه العبد أو لا يزيد ، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة ان كان قليل القيمة نقص الجعل من قيمته درهما لئلا يفوت عليه العبد جميعه .

ولنا عموم الدليل . ولأنه جعل يستحق فى رد الابق فاستحقه وان زاد على قيمته كما لو جعله له صاحبه ويستحقه انمات سيده فى تركته ، وبهذا قال أبو حنيفة وقال أبو يوسف : ان كان الذى رده من ورثة المولى سقط الجعل .

ولنا أن هذا عوض عن عمله فلا يسقط بالموت كالأجر فى الاجارة وكما لو كان من غير ورثة المولى .

اذا ثبت هذا : فلا فرق بين كون من رده معروفا برد الاباق أو لم يكن ، وبهذا قال أصحاب الرأى ، وقال مالك : ان كان معروفا بذلك استحق الجعل والا فلا ، ولنا الخبر والأثر المذكور من غير تفريق ، ولأنه رد آبقا فاستحق الجعل كالمعروف بردهم .

(فصل)

ويجوز أخذ الابق لمن وجده ، وبهذا قال مالك والشافعى وأصحاب الرأى ولا نعلم فيه خلافا وذلك لان العبد لا يؤمن لحاقه بدار الحرب وارتداده واشتغاله بالفساد فى سائر البلاد بخلاف الضوال التى تحفظ نفسها فإذا أخذه فهو أمانة فى يده ان تلف بغير تفريطه فلا ضمان عليه وان وجد صاحبه دفعه اليه اذا أقام به البينة أو اعترف العبد أنه سيده وان لم يجد سيده دفعه الى الامام أو نائبه فيحفظه لصاحبه أو يبيعه ان رأى المصلحة فى بيعه ونحو ذلك قال مالك وأصحاب الرأى ولا نعلم فيه مخالفا وليس للملتقطه بيعه ولا تملكه بعد تعريفه ، لأن العبد يتحفظ بنفسه فهو كضوال الابل فإن باعه فالبيع فاسد فى قول عامة أهل العلم منهم أبو حنيفة والشافعى .

وان باعه الامام لمصلحة رآها فى بيعه فجاء سيده فاعترف أنه كان أعتقه قبل منه ، لأنه لا يجر الى نفسه بهذا نفعا ولا يدفع عنها ضرراً ، ويحتمل أن لا يقبل لأنه ملك لغيره فلا يقبل اقراره فى ملك غيره كما لو باعه السيد ثم أقر بعتقه

فعلى هذا ليس لسيده أخذ ثمنه لانه يقر أنه حر ولا يستحق ثمنه ولكن يؤخذ الى بيت المال لأنه لا مستحق له فهو كتركة من مات ولا وارث له فإن عاد السيد فأنكر العتق وطلب المال دفع اليه لأنه مال لا منازع له فيه .

(فصل) وإذا أبق العبد فحصل فى يد حاكم فأقام سيده بينة عند حاكم بلد آخر أن فلانا الذى صفته كذا وكذا واستقصى صفاته عبد فلان بن فلان أبق منه فقبل الحاكم بينته وكتب الحاكم الى الحاكم الذى عنده العبد ثبت عندى إباق فلان الذى صفته كذا وكذا، قبل كتابه وسلم اليه العبد وهذا قول أبى يوسف وأحد قولى الشافعى إلا أن أبا يوسف قال يأخذ به كفيلا لأن البينة أثبتته بصفاته كما ثبت فى الذمه بوصفه فى السلم ، وقال أبو حنيفة ومحمد لا يجب تسليمه لأنهم لا يشهدون على عينه وإنما يشهدون بالصفات وقد تتفق الصفات مع اختلاف الأعيان ويفارق المسلم فيه فإن الواجب أقل ما يوجد منه الصفة وهو غير معين .

ولنا أنه يقبل كتاب الحاكم الى الحاكم على شخص غائب ويؤخذ المحكوم عليه بالحق وليس ثم شهادة على عين وإنما يؤخذ المحكوم عليه باسمه ونسبه وصفته فكذا ههنا . إذا ثبت وجوب تسليمه فإن الحاكم الذى يسلمه يختم فى عنقه خيطا ضيقا لا يخرج من رأسه ويدفعه الى المدعى أو وكيله ليحمله الى الحاكم الكاتب ليشهد الشهود على عينه فان شهدوا بعينه سلم الى مدعيه وان لم يشهدوا وجب رده إلى الحاكم الأول ويكون فى ضمان الذى أخذه لأنه أخذه بغير استحقاق .

« مسألة » قال (وان كان التقطها قبل ذلك فردها لعلة الجعل لم يجز له أخذه)

إنما كان كذلك لانه إذا التقطها قبل أن يبلغه الجعل فقد التقطها بغير عوض وعمل فى مال غيره بغير جعل فلا يستحق شيئا كما لو التقطها ولم يجعل ربها فيها شيئا وفارق الملتقط بعد بلوغه الجعل فانه إنما بذل منافعه بعوض جعل له فاستحقه كالأجير اذا عمل بعد العقد وسواء كان التقاطه لها بعد الجعل أو قبله لما ذكرنا ولا يستحق أخذ الجعل بردها لأن الرد واجب عليه من غير عوض فلم يجز أخذ العوض عن الواجب كسائر الواجبات ، وإنما يأخذه الملتقط فى موضع يجوز له أخذه عوضا عن الالتقاط المباح .

إذا ثبت هذا : فان ملتقطها قبل أن يبلغه الجعل لا يستحق شيئاً سواء ردها لعلة الجعل أو لغيره ؛ لأنه إذا لم يستحقه مع قصده إياه وعمله من أجله فلأن لا يستحقه مع عدم ذلك أولى ، وإنما ذكر الخرقي ردها لعلة الجعل إن شاء الله لينبه به على عدم استحقاقه فيما إذا ردها لغير علته ولأن الحاجة إنما تدعو الى معرفة الحكم فيمن يريد الجعل أما من تركه ولا يريده فلا يقع التنازع فيه غالبا والله أعلم .

« مسألة » قال (وان كان الذي وجد اللقطة سفيها أو طفلا قام وليه بتعريفها فان تمت السنة ضمها الى مال واجدها)

وجملة ذلك أن الصبي والمجنون والسفيه اذا التقط أحدهم لقطة ثبتت يده عليها لعموم الاخبار ، ولأن هذا تكسب فصح منه كالاصطياد والاحتطاب ، وان تلفت في يده بغير تفريط فلا ضمان عليه ، لأنه أخذ ماله أخذه ، وان تلفت بتفريطه ضمنها في ماله ، واذا علم بها وليه لزمه أخذها ، لانه ليس من اهل الحفظ والامانة ، فان تركها في يده ضمنها لانه يلزمه حفظ مايتعلق به حق الصبي ، وهذا يتعلق به حقه ، فاذا تركها في يده كان مضيعا لها ، واذا اخذها الولي عرفها ، لأن واجدها ليس من اهل التعريف ، فاذا انقضت مده التعريف دخلت في ملك واجدها ، لان سبب الملك تم شرطه فيثبت الملك له ، كما لو اصطاد صيداً ، وهذا مذهب الشافعي ، الا ان اصحابه قالوا . اذا انقضت مدة التعريف فكان الصبي والمجنون بحيث يستقرض لهما يتملكه لهما والا فلا ، وقال بعضهم يتملكه لهما بكل حال لان الظاهر عدم ظهور صاحبه فيكون تملكه مصلحة له .

ولنا عموم الأخبار ولو جرى هذا مجرى الاقتراض لما صح التقاط صبي لا يجوز الاقتراض له ، لانه يكون تبرعا بحفظ مال غيره من غير فائدة .

(فصل) قال احمد في رواية العباس بن موسى في غلام له عشر سنين التقط لقطة ثم كبر ، فان وجد صاحبها دفعها اليه والا تصدق بها ، قد مضى اجل التعريف فيما تقدم من السنين ولم ير عليه استقبال اجل التعريف ، قال : وقد كنت سمعته قبل هذا أو بعده يقول في انقضاء أجل التعريف اذا لم يجد صاحبها

أيتصدق بمال الغير ؟ وهذه المسألة قد مضى نحوها فيما إذا لم يعرف الملتقط اللقطة فى حولها ، فإنه لا يملكها ، وإن عرفها فيما بعد ذلك ، لأن التعريف بعده لا يفيد ظاهراً لكون صاحبها يئس منها وترك طلبها ، وهذه المسألة تدل على أنه إذا ترك التعريف لعذر كان كتركه لغير عذر ، لكون الصبى من أهل العذر ، وقد ذكرنا فى هذا وجهين فيما تقدم .

وقال أحمد فى غلام لم يبلغ أصاب عشرة دنانير فذهب بها إلى منزله فضاعت ، فلما بلغ أراد ردها فلم يعرف صاحبها تصدق بها : وإن لم يجد عشرة وكان يجحف به تصدق قليلا قليلا ، قال القاضى : معنى هذا أنها تلفت بتفريط الصبى ، وهو أنه لم يعلم وليه حتى يقوم بتعريفها .

(فصل) فإذا وجد العبد لقطة فله أخذها بغير إذن سيده ويصح التقاطه ، وبهذا قال أبو حنيفة وهو أحد قولى الشافعى ، وقال فى الآخر : لا يصح التقاطه لأن اللقطة فى الحول الأول أمانة وولاية فى الثانى تملك ، والعبد ليس من أهل الولايات ولا الملك .

ولنا عموم الخبر ، ولأن الالتقاط سبب يملك به الصبى ويصح منه ، فصح من العبد كالاحتطاب والاصطياد . ولأن من جاز له قبول الوديعة صح منه الالتقاط كالحر ، وقولهم : إن العبد ليس من أهل الولايات والأمانات يبطل بالصبى والمجنون فإنهما أدنى حالا منه فى هذا .

وقولهم : إن العبد لا يملك ممنوع ، وإن سلمنا ، فإنه يتملك لسيده كما يحصل بسائر الاكتساب ، ولأن الالتقاط تخليص مال من الهلاك ، فجاز من العبد بغير إذن سيده كإنقاذ المال الغريق والمغصوب ، اذا ثبت هذا : فإن التقط العبد لقطة كانت أمانة فى يده ، ان تلفت بغير تفريط فى حول التعريف لم يضمن ، وان تلفت بتفريطه أو اتلاف وجب ضمانها فى رقبته كسائر جناياته ؛ وان عرفها صح تعريفه لأن له قولا صحيحاً فصح تعريفه كالحر ، فإذا تم حول التعريف ملكها سيده ، لأن الالتقاط كسب العبد وكسبه لسيده ، وان علم السيد بلقطة عبده كان له انتزاعها منه لأنها من كسب العبد ، وللسيد انتزاع كسبه من يده ، فإذا انتزعها بعد أن عرفها العبد ملكها ، وان كان لم يعرفها عرفها سيده حولا كاملا ، وان كان العبد

قد عرفها بعض الحول عرفها السيد تمامه ، فان اختار السيد اقرارها فى يد عبده نظرت فان كان العبد أمينا جاز وكان السيد مستعينا بعبده فى حفظها كما يستعين به فى حفظ ماله ، وان كان العبد غير أمين كان السيد مفرطا باقرارها فى يده ولزمه ضمانها ، كما لو أخذها من يده ثم ردها اليه . لأن يد العبد كيده وما يستحق بها فهو لسيده : وان أعتق السيد عبده بعد الالتقاط فله انتزاع اللقطة من يده لانها من كسبه واكسابه لسيده ، ومتى علم العبد أن سيده غير مأمون عليها لزمه سترها عنه وتسليمها الى الحاكم ليعرفها ثم يدفعها الى سيده بشرط الضمان ، فان أعلم سيده بها فلم يأخذها منه أو أخذها فعرفها وأدى الامانة فيها فتلفت فى الحول الاول بغير تفريطه فلا ضمان فيها لانها لم تتلف بتفريط من أحدهما ، وان لم يؤد الامانة فيها وجب ضمانها ، ويتعلق الضمان برقبة العبد وذمة السيد جميعا ، لان التفريط حصل منهما جميعا .

(فصل) والمكاتب كالحر فى اللقطة لان المال له فى الحال واكسابه له دون سيده واللقطة من اكتسابه : فان عجز عاد عبداً وصار حكمه فى اللقطة حكم العبد على ما مر بيانه ، وأم الولد والمعلق عتقه بصفة والمدبر كالقن . ومن نصفه حر اذا التقط شيئا ولم يكن بينه وبين سيده مهايأة فهو بينهما بعد التعريف نصفين كسائر اكسابه ، وهى بينهما فى حول التعريف كالحرين التقطا لقطة ، وان كان بينهما مهايأة ففيها وجهان .

أحدهما : لا تدخل فى المهايأة ، لانها كسب نادر لا يعلم وجوده ولا يظن فلم تدخل فى المهايأة وتكون بينهما .

والثانى : تدخل فى المهايأة ، لانها من كسبه فأشبهت سائر اكسابه ، فان وجدها فى يومه فهى له ، وان وجدها فى يوم سيده فهى له ، وان كان العبد مشتركا بين اثنين فلقطته بينهما على ما ذكرنا فيمن بعضه حر وبعضه رقيق .

(فصل) والذمى فى الالتقاط كالمسلم ، ومن أصحاب الشافعى من قال : ليس له الالتقاط فى دار الإسلام لانه ليس من أهل الامانة .

ولنا أنها نوع اكتساب فكان من أهلها كالحش والاحتطاب ، وما ذكروه يبطل بالصبي والمجنون فانه يصح التقاطها مع عدم الامانة ، اذا ثبت هذا فانه

إن عرف اللقطة حول لا ملكها كالمسلم ، وان علم بها الحاكم أو السلطان أقرها في يده وضم اليه مشرفاً عدلا يشرف عليه ويعرفها لأننا لا نأمن الكافر على تعريفها ولا نأمنه أن يخل في التعريف بشيء من الواجب عليه فيه ، وأجر المشرف عليه فإذا تم حول التعريف ملكها الملتقط ، ويحتمل أن تنزع من يد الذمي وتوضع على يد عدل لأنه غير مأمون عليها .

(فصل) ويستحب لمن ليس بأمين أن لا يأخذ اللقطة لأنه يعرض نفسه للأمانة وليس هو من أهلها ، فإن التقط صح التقاطه لانها جهة من جهات الكسب وهو من أهل الكسب ، ولانه اذا صح التقاط الكافر فالمسلم أولى ، فإذا التقطها فعرفها حول لا ملكها كالعدل ، وان علم الحاكم أو السلطان بها أقرها في يده وضم اليه مشرفا يشرف عليه ويتولى تعريفها كما قلنا في الذمي لانه لا نأمنه عليها ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه . وقال في الآخر : ينزعها من يده ويضعها في يد عدل .

ولنا أن من خلى بينه وبين الوديعة لم تزل يده عن اللقطة كالعدل والحفظ يحصل بضم المشرف اليه ، وان لم يمكن المشرف حفظها منه انتزعت من يده وتركت في يد عدل ، فإذا عرفها وتمت السنة ملكها ملتقطها لأن سبب الملك وجد منه .

« مسألة » قال (واذا وجد الشاة بمصر أو بمهلكة فهي لقطة)

يعني أنه يباح أخذها والتقاطها ، وحكمها اذا أخذها حكم الذهب والفضة في التعريف والملك بعده ، هذا الصحيح من مذهب أحمد وقول أكثر أهل العلم .

قال ابن عبد البر : أجمع على أن ضالة الغنم في الموضع المخوف عليها له أكلها ، وكذلك الحكم في كل حيوان لا يمتنع بنفسه من صغار السباع ، وهي الثعلب وابن آوى والذئب وولد الاسد ونحوها : فما لا يمتنع منها كفصلان الابل وعجول البقر وافلاء الخيل والدجاج والاوز ونحوها يجوز التقاطه ، ويروى عن أحمد رواية أخرى : ليس لغير الإمام التقاطها ؛ وقال الليث بن سعد : لا أحب أن يقربها الا أن يحرزها لصاحبها لقول الرسول صلى الله عليه وسلم «لا يؤوي الضالة الا ضال» ولانه حيوان أشبه الابل .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم لما سئل عن الشاة « خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب » متفق عليه ، ولأنه يخشى عليه التلف والضياع فأشبه لقطة غير الحيوان ، وحديثنا أخص من حديثهم فنخصه به ، والقياس على الابل لا يصح فان النبي صلى الله عليه وسلم علل منع التقاطها بأن معها حذاءها وسقاءها ، وهذا مفقود في الغنم ؛ ثم قد فرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما في خبر واحد فلا يجوز الجمع بين ما فرق الشارع بينهما ، ولا قياس ما أمر بالتقاطه على ما منع ذلك منه ، اذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يجدها بمصر أو بمهلكة .

وقال مالك وأبو عبيد وابن المنذر في الشاة توجد في الصحراء : اذبحها وكلها ، وفي المصر ضمها حتى يجدها صاحبها ، لان النبي صلى الله عليه وسلم قال « هي لك أو لأخيك أو للذئب » والذئب لا يكون في المصر .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « خذها » ولم يفرق ولم يستفصل : ولو افترق الحال لسأل أو استفصل ؛ ولأنها لقطة فاستوى فيها المصر والصحراء كسائر اللقطات ، وقولهم ان الذئب لا يكون الا في الصحراء ، قلنا كونها للذئب في الصحراء لا يمنع كونها لغيره في المصر : اذا ثبت هذا فانه متى عرفها حولا كاملا ملكها ، وذكر القاضي وأبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى : أنه لا يملكها ولعلها الرواية التي منع من التقاطها فيها .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « هي لك أو لأخيك » فأضافها اليه بلام التمليك ، ولأنها يباح التقاطها فملكت بالتعريف كالأثمان ، ولان ذلك اجماع حكاه ابن عبد البر .

فصل

ويتخير ملتقطها بين ثلاثة أشياء (أكلها في الحال وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعي وغيرهم ، قال ابن عبد البر أجمعوا على أن ضالة الغنم في المواضع المخوف عليها له أكلها ، والاصل في ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم « هي لك أو لأخيك أو للذئب » فجعلها له في الحال وسوى بينه وبين الذئب ، والذئب لا يستأني بأكلها ، ولان في أكلها في الحال اغناء عن الانفاق عليها وحراسة لماليتها على صاحبها اذا جاء فانه يأخذ قيمتها بكمالها من غير نقص ، وفي ابقائها تضييع للمال

بالانفاق عليها والغرامة فى علفها فكان أكلها أولى . ومتى أراد أكلها حفظ صفتها فمتى جاء صاحبها غرمها له فى قول عامة أهل العلم ، الا مالكا فانه قال : كلها ولا غرم عليك لصاحبها ولا تعريف لها لقول النبي صلى الله عليه وسلم « هى لك » ، ولم يوجب فيها تعريفا ولا غرما : وسوى بينه وبين الذئب . والذئب لا يعرف ولا يغرم .

قال ابن عبد البر : لم يوافق مالكا أحد من العلماء على قوله . وقول النبي صلى الله عليه وسلم فى حديث عبد الله بن عمرو « رد على أخيك ضالته » دليل على أن الشاة على ملك صاحبها ، ولانها لقطة لها قيمة وتتبعها النفس فتجب غرامتها لصاحبها اذا جاء كغيرها ، ولانها ملك لصاحبها فلم يجز تملكها عليه بغير عوض من غير رضاه ، كما لو كانت بين البنيان ، ولانها عين يجب ردها مع بقائها فوجب غرمها اذا أتلفها كلقطة الذهب : وقول النبي صلى الله عليه وسلم « هى لك » لا يمنع وجوب غرامتها ، فانه قد أذن فى لقطة الذهب والورق بعد تعريفها فى أكلها وانفاقها . وقال : هى كسائر مالك : ثم أجمعنا على وجوب غرامتها ، كذلك الشاة . ولا فرق فى اباحة أكلها بين وجدانها فى الصحراء أو فى المصر . وقال مالك وأبو عبيد وأصحاب الشافعى وابن المنذر : ليس له أكلها فى المصر لانه يمكن بيعها بخلاف الصحراء .

ولنا أن ما جاز أكله فى الصحراء أبيح فى المصر كسائر المأكولات ، ولان النبي صلى الله عليه وسلم قال « هى لك » ولم يفرق . ولان أكلها معلل بما ذكرنا من الاستغناء عن الانفاق عليها ، وهذا فى المصر أشد منه فى الصحراء . الثانى : أن يمسكها على صاحبها وينفق عليها من ماله ولا يتملكها : وان أحب أن ينفق عليها محتسبا بالنفقة على مالكها وأشهد على ذلك فهل له أن يرجع بالنفقة على روايتين ، احداهما : يرجع به ؛ نص عليه فى رواية المروذى فى طيرة أفرخت عند قوم فقضى أن الفراخ لصاحب الطيرة ويرجع بالعلف اذا لم يكن متطوعا ، وقضى عمر بن عبد العزيز فيمن وجد ضالة فأنفق عليها وجاء ربها بأنه يغرم له ما أنفق : وذلك لأنه أنفق على اللقطة لحفظها فكان من مال صاحبها كمؤنة الرطب والعنب .

والرواية الثانية : لا يرجع بشيء ، وهو قول الشعبي والشافعي ولم يعجب الشعبي قضاء عمر بن عبد العزيز، لانه أنفق على مال غيره بغير إذنه فلم يرجع كما لو بنى دارة ويفارق العنب والرطب فإنه ربما كان تجفيفه والانفاق عليه في ذلك أحظ لصاحبه لان النفقة لا تتكرر والحيوان يتكرر الانفاق عليه فربما استغرق قيمته ، فكان بيعه أو أكله أحظ فلذلك لم يحتسب المنفق عليها بما أنفق .

الثالث : أن يبيعها ويحفظ ثمنها لصاحبها وله أن يتولى ذلك بنفسه ، وقال بعض أصحاب الشافعي يبيعها بإذن الامام .

ولنا أنه إذا جاز له أكلها بغير إذن فبيعها أولى ولم يذكر أصحابنا لها تعريفاً في هذه المواضع . وهذا قول مالك لحديث زيد بن خالد فانه صلى الله عليه وسلم قال « خذها فانما هي لك أو لأخيك أو للذئب » ولم يأمر بتعريفها كما أمر في لقطة الذهب والورق .

ولنا أنها لقطة لها خطر فوجب تعريفها كالمطعوم الكثير ، وإنما ترك ذكر تعريفها لأنه ذكرها بعد بيانه التعريف فيما سواها ، فاستغنى بذلك عن ذكره فيها ولا يلزم من جواز التصرف فيها في الحول سقوط التعريف كالمطعوم

(فصــــل) إذا أكلها ثبتت قيمتها في ذمته ولا يلزمه عزلها لعدم الفائدة في ذلك فإنها لا تنتقل من الذمة إلى المال المعزول ، ولو عزل شيئا ثم أفلس كان صاحب اللقط أسوة الغرماء ولم يختص بالمال المعزول؛ وان باعها وحفظ ثمنها وجاء صاحبها أخذه ولم يشاركه فيه أحد من الغرماء ، لانه عين ماله لا شيء للمفلس فيه .

(فصــــل)

وإذا التقط ما لا يبقى عاماً فذلك نوعان : أحدهما ما لا يبقى بعلاج ولا غيره كالطبيخ والبطيخ والفاكهة التي لا تجفف والخضراوات ، فهو مخير بين أكله وبيعه وحفظ ثمنه ، ولا يجوز إبقاؤه لأنه يتلف ؛ فإن تركه حتى تلف فهو من ضمانه لأنه فرط في حفظه فلزمه ضمانه كالوديعة ، فإن أكله ثبتت القيمة في ذمته على ما ذكرناه في لقطة الغنم ، وان باعه وحفظ ثمنه جاز . وهذا ظاهر مذهب الشافعي . وله أن يتولى بيعه بنفسه . وعن أحمد له بيع اليسير ، وان كان كثيراً

دفعه الى السلطان . وقال أصحاب الشافعي : ليس له بيعه الا باذن الحاكم فإن عجز عنه جاز البيع بنفسه لأنه حال ضرورة ، فأما مع القدرة على استئذانه فلا يجوز من غير إذنه لانه مال معصوم لا ولاية عليه فلم يجز لغير الحاكم بيعه كغير اللقطة .

ولنا أنه مال أبيح للملتقط أكله فأبيح له بيعه كماله ، ولأنه مال أبيح له بيعه عند العجز عن الحاكم ، لجاز عند القدرة عليه كماله

اذا ثبت هذا فإنه متى أراد أكله أو بيعه حفظ صفاته ثم عرفه عاماً ، فإذا جاء صاحبه فإن كان قد باعه وحفظ ثمنه دفعه اليه ، وان كان قد أكله أو أكل ثمنه غرمه له بقيمته يوم أكله ، وان تلف الثمن بغير تفريط قبل تملكه أو نقص أو تلفت العين أو نقصت من غير تفريطه فلا ضمان على الملتقط ، وان تلفت أو نقصت أو نقص الثمن لتفريطه فعلى الملتقط ضمانه ، وكذلك ان تلف الثمن بعد تملكه أو نقص ضمنه

النوع الثاني : ما يمكن ابقاؤه بالعلاج كالعنب والرطب فينظر ما فيه الحظ لصاحبه فإن كان في التجفيف جففه ولم يكن له الا ذلك لانه مال غيره فلزمه ما فيه الحظ لصاحبه كولي اليتيم ، وان احتاج في التجفيف الى غرامة باع بعضه في ذلك وان كان الحظ في بيعه باعه وحفظ ثمنه كالطعام والرطب ، فان تعذر بيعه ولم يمكن تجفيفه تعين أكله كالبطيخ ، وان كان أكله أنفع لصاحبه فله أكله أيضا ، لان الحظ فيه . ويقتضي قول أصحابنا أن العروض لا تملك بالتعريف . ان هذا كله لا يجوز له أكله لكن يخير بين الصدقة به وبين بيعه . وقد قال أحمد فيمن يجد في منزله طعاما لا يعرفه ، يعرفه ما لم يخش فساده ؛ فإن خشي فساده تصدق به فان جاء صاحبه غرمه ، وكذلك قال مالك وأصحاب الرأى في لقطة مالا يبقى سنة يتصدق به ، وقال الثوري يبيعه ويتصدق بثمنه

ولنا على جواز أكله قول النبي صلى الله عليه وسلم في ضالة الغنم « خذها فانما هي لك أو لاخيك أو للذئب » وهذا تجويز للأكل فاذا جاز فيما هو محفوظ بنفسه ففيما يفسد ببقائه أولى .

« مسألة » قال (ولا يتعرض لبعير ولا لما فيه قوة يمنع عن نفسه)

وجملة ذلك أن كل حيوان يقوى على الامتناع من صغار السباع وورود الماء لايجوز التقاطه ولا التعرض له ، سواء كان لكبر جثته كالإبل والخيل والبقر أو لطيرانه كالطيور كلها أو لسرعته كالظباء والصيود أو بنابه كالكلاب والفهود؟ وقال عمر رضي الله عنه : من أخذ ضالة فهو ضال أى مخطىء، وبهذا قال الشافعي والأوزاعي وأبو عبيد ، وقال مالك والليث فى ضالة الابل: من وجدها فى القرى عرفها ، ومن وجدها فى الصحراء لا يقربها ، ورواه المزنى عن الشافعي ، وكان الزهري يقول : من وجد بدنة فليعرفها ، فإن لم يجد صاحبها فلينحرها قبل أن تنقضى الأيام الثلاثة . وقال أبو حنيفة فى لفظ : يباح التقاطها لأنها لقطة أشبهت الغنم .

ولنا قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لما سئل عنها « مالك ولها ؟ معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها » وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقيل يا رسول الله إنا نصيب هوامى الابل قال « ضالة المسلم حرق النار » وروى عن جرير بن عبد الله أنه أمر بطرد بقرة لحقت ببقره حتى توارت . وقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا يؤوى الضالة إلا ضال » رواه أبو داود بمعناه . وقياسهم يعارض صريح النص ، وكيف يجوز ترك نص النبي صلى الله عليه وسلم وصريح قوله بقياس نصه فى موضع آخر ؟ على أن الابل تفارق الغنم لضعفها وقلة صبرها عن الماء .

(فصل) فإن كانت الصيود مستوحشة إذا تركت رجعت الى الصحراء وعجز عنها صاحبها جاز التقاطها لأن تركها أضيع لها من سائر الأموال والمقصود حفظها لصاحبها لا حفظها فى نفسها ، ولو كان المقصود حفظها فى أنفسها لما جاز التقاط الأثمان ، فان الدينار دينار حيثما كان .

(فصل) والبقر كالابل ، نص عليه أحمد وهو قول الشافعي وأبى عبيد . وحكى عن مالك أن البقرة كالشاة . ولنا خبر جرير فانه طرد البقرة ولم يأخذها ، ولانها تمتنع عن صغار السباع وتجزىء فى الاضحية والهدى عن سبعة فأشبهت الابل وكذلك الحكم فى الخيل والبغال ، فأما الحمر فجعلها أصحابنا من هذا القسم الذى لايجوز التقاطه لان لها أجساما عظيمة فأشبهت البغال والخيل، ولانها من الدواب

فأشبهت البغال ، والاولى إلحاقها بالشاة ، لان النبي صلى الله عليه وسلم علل الابل بأن معها حذاءها وسقاءها ، يريد شدة صبرها عن الماء لكثرة ما توعى فى بطونها منه وقوتها على وروده ، وفى إباحة ضالة الغنم بأنها معرضة لأخذ الذئب إياها بقوله « هى لك أو لاخيك أو للذئب » والحمر مساوية للشاة فى علتها فانها لا تمتنع من الذئب ، ومفارقة للابل فى علتها فانها لاصبر لها عن الماء . ولهذا يضرب المثل بقلة صبرها عنه فيقال ما بقى من مدته إلا ظمأ حمار . وإلحاق الشيء بما ساواه فى علة الحكم ، وفارقه فى الصورة أولى من إلحاقه بماقاربه فى الصورة وفارقه فى العلة : فأما غير الحيوان فما كان منه يتحفظ بنفسه كأحجار الطواحين والكبير من الخشب وقدور النحاس . فهو كالابل فى تحريم أخذه ، بل أولى منه لأن الابل تتعرض فى الجملة للتلف ، إما بالاسد وإما بالجوع والعطش وغير ذلك . وهذه بخلاف ذلك ، ولأن هذه لاتكاد تضيع عن صاحبها ولا تبرح من مكانها بخلاف الحيوان ، فإذا حرم أخذ الحيوان فهذه أولى

(فصـــل)

فإن أخذ هذا الحيوان الذى لا يجوز أخذه على سبيل الالتقاط ضمنه ، إماما كان أو غيره ، لانه أخذ ملك غيره بغير إذنه ولا اذن الشارع له فهو كالغاصب ، فان رده الى موضعه لم يبرأ من الضمان ، وبهذا قال الشافعى . وقال مالك : يبرأ لأن عمر رضى الله عنه قال : ارسله فى الموضع الذى أصبته فيه ، وجرير طرد البقرة التى لحقت ببقره .

ولنا أن ما لزمه ضمانه لا يزول عنه الا برده الى صاحبه أو نائبه كالمسروق والمغصوب ، وأما حديث جرير فانه لم يأخذ البقرة ولا أخذها راعيه : انما لحقت بالبقر فطردها عنها ، فأشبه ما لو دخلت داره فأخرجها : فعلى هذا متى لم يأخذها بحيث ثبتت يده عليها لا يلزمه ضمانها ، سواء طردها أو لم يطردها ، وان أخذها فلزمه ضمانها فدفعها الى الامام أو نائبه زال عنه الضمان لأن له نظراً فى ضوال الناس بدليل أن له أخذها فكان نائبا عن أصحابها فيها

(فصل) وللإمام أو نائبه أخذ الضالة على وجه الحفظ لصاحبها ، لأن عمر (رض) حمى موضعا يقال له النقيع لخيل المجاهدين والضوال ، ولان للإمام نظراً

فى حفظ مال الغائب وفى أخذ هذه حفظ لها عن الهلاك ولا يلزمه تعريفها ، لان عمر رضى الله عنه لم يكن يعرف الضوال ، ولأنه اذا عرف ذلك فمن كانت له ضالة فانه يجىء الى موضع الضوال . فاذا عرف ضالته أقام البينة عليها وأخذها ؛ ولا يكتفى فيها بالصفة لأنها ظاهرة بين الناس فيعرف صفاتها من رآها من غير أهلها فلا تكون الصفة لها دليلا على ملكه لها ، ولان الضالة قد كانت ظاهرة بين الناس حين كانت فى يد مالكها فلا يختص هو بمعرفة صفاتها دون غيره ، فلم يكن ذلك دليلا ، ويمكنه اقامة البينة عليها لظهورها للناس ومعرفة خلطائه وجيرانه بملكه اياها .

(فصل) وان أخذها غير الامام أو نائبه ليحفظها لصاحبها لم يجز له ذلك ولزمه ضمانها لانه لاولاية له على صاحبها وهذا ظاهر مذهب الشافعى ولاصحابه وجه أن له أخذها لحفظها قياسا على الامام ، ولا يصح لان النبى صلى الله عليه وسلم منع أخذها من غير تفريق بين قاصد الحفظ وقاصد الالتقاط ولا يصح القياس على الامام لأن له ولاية ، وهذا لا ولاية له ، وان وجدها فى موضع يخاف عليها به مثل أن يجدها بأرض مسبعة يغلب على الظن أن الاسد يفترسها ان تركت به أو قريبا من دار الحرب يخاف عليها من أهلها أو بموضع يستحل أهله أموال المسلمين كواد التيم أو فى برية لا ماء بها ولا مرعى فالاولى جواز أخذها للحفظ ولا ضمان على آخذها لان فيه انقاذها من الهلاك فأشبه تخليصها من غرق أو حريق فاذا حصلت فى يده سلمها الى نائب الامام وبرىء من ضمانها ولا يملكها بالتعريف لان الشرع لم يرد بذلك فيها .

(فصل) وما يحصل عند الامام من الضوال فانه يشهد عليها ويسمها بأنها ضالة ثم ان كان له حمى ترعى فيه تركها فيه ان رأى ذلك ، وان رأى المصلحة فى بيعها وحفظ ثمنها أو لم يكن له حمى باعها بعد أن يحليها ويحفظ صفاتها ويحفظ ثمنها لصاحبها فان ذلك أحفظ لها لان تركها يفضى الى أن تأكل جميع ثمنها .

(فصل) ومن ترك دابة بمهلكة فأخذها انسان فأطعمها وسقاها وخلصها ملكها ، وبه قال الليث والحسن بن صالح واسحاق الا أن يكون تركها ليرجع اليها أو ضلت منه .

وقال مالك : هي لمالكها الأول ويغرم ماأنفق عليها ، وقال الشافعي وابن المنذر هي لمالكها والآخر متبرع بالنفقة لا يرجع بشيء لأنه ملك غيره فلم يملكه بغير عوض من غير رضاه ، كما لو كانت في غير مهلكة ، ولا يملك الرجوع لأنه أنفق على مال غيره بغير إذنه فلم يرجع بشيء كما لو بنى داره .

ولنا ما روى الشعبي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من وجد دابة قد عجز عنها أهلها فسيبوها فأخذها فأحياها فهي له » قال عبدالله بن عبدالرحمن فقلت — يعني للشعبي — من حدثك بهذا ؟ قال غير واحد من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه أبو داود بإسناده ، وفي لفظ عن الشعبي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من ترك دابة بمهلكة فأحياها رجل فهي لمن أحياها » ولأن في الحكم بملكها إحياءها وإنقاذها من الهلاك وحفظاً للمال عن الضياع ومحافظة على حرمة الحيوان . وفي القول بأنها لا تملك ، تضييع لذلك كله من غير مصلحة تحصل ، ولأنه نبذ رغبة عنه وعجزاً عن أخذه فملكه آخذه كالساقط من السنبل وسائر ما ينبذه الناس رغبة عنه .

{ فصل }

وإن ترك متاعا فخلصه إنسان لم يملكه لأنه لا حرمة له في نفسه ولا يخشى عليه التلف كالخشية على الحيوان ، فإن الحيوان يموت إذا لم يطعم ويسقى وتأكله السباع ، والمتاع يبقى حتى يرجع اليه صاحبه ، وان كان المتروك عبداً لم يملك بأخذه ، لأن العبد في العادة يمكنه التخلص الى الأماكن التي يعيش فيها بخلاف البهيمة ، وله أخذ العبد والمتاع ليخلصه لصاحبه وله أجر مثله في تخليص المتاع ، نص عليه ، وكذلك في العبد على قياسه .

قال القاضي : يجب أن يحمل قوله في وجوب الأجر على أنه جعل له ذلك أو أمره به ، فأما إن لم يجعل له شيئا فلا جعل له ، لأنه عمل في مال غيره بغير جعل فلم يستحق شيئا كالملتقط ، وهذا خلاف ظاهر كلام أحمد فإنه لو جعل له جعلا لاستحقه ولم يجعل له أجر المثل ، ويفارق هذا الملتقط فإن الملتقط لم يخلص اللقطة من الهلاك ، ولو تركها أمكن أن يرجع صاحبها فيطلبها من مكانها فيجدها وههنا إن لم يخرجه هذا ضاع وهلك ولم يرجع اليه صاحبه ، ففي جعل الأجر فيه

حفظ للأموال من غير مضرة ، لجاز ذلك كالجعل فى الابق ، ولأن اللقطة جعل فيها الشارع مايحث على أخذها وهو ملكها إن لم يجىء صاحبها فاكتفى به عن الاجر ، فينبغى أن يشرع فى هذا ما يحث على تخليصه بطريق الأولى وليس إلا الأجر ، فأما ماألقاه ركاب البحر فيه خوفا من الغرق فلم أعلم لأصحابنا فيه قولا سوى عموم قولهم الذى ذكرناه ، ويحتمل أن يملك هذا من أخذه ، وهو قول الليث بن سعد ، وبه قال الحسن فيمن أخرجه قال : وما نضب عنه الماء فهو لأهله

وقال ابن المنذر يرده على أصحابه ولاجعل له ، ويقتضيه قول الشافعى والقاضى لما تقدم ، ومقتضى قول الامام أبى عبد الله أن لمن أنقذه أجر مثله لما ذكرنا ، ووجه ماذكرنا من الاحتمال أن هذا مال ألقاه صاحبه فيما يتلف بتركه فيه اختياراً منه فملكه من أخذه كالذى ألقوه رغبة عنه ، ولأن فيما ذكروه تحقيقا لإتلافه فلم يجز كمباشرته بالإتلاف .

فأما إن انكسرت السفينة فأخرجه قوم فقال مالك : يأخذ أصحاب المتاع متاعهم ولا شىء للذى أصابوه ، وهذا قول الشافعى وابن المنذر والقاضى ، وعلى قياس نص أحمد يكون لمستخرجه أجر المثل لأن ذلك وسيلة الى تخليصه وحفظه لصاحبه وصيانته عن الغرق ، فإن الغواص اذا علم أنه يدفع اليه الأجر بادر الى التخليص ليخلصه ، وان علم أنه يؤخذ منه بغير شىء لم يخاطر بنفسه فى استخراجه فينبغى أن يقضى له بالاجر كجعل رد الابق .

فصل

ذكر القاضى فيما اذا التقط عبداً صغيراً أو جارية أن قياس المذهب أنه لايملك بالتعريف ، وقال الشافعى : يملك العبد دون الجارية ولان التملك بالتعريف عنده اقتراض ، والجارية عنده لا تملك بالقرض ، وهذه المسألة فيها نظر فان اللقيط محكوم بحريته ، فان كان ممن يعبر عن نفسه فأقر بأنه مملوك لم يقبل اقراره ، لأن الطفل لا قول له ، ولو اعتبر قوله فى ذلك لاعتبر فى تعريفه سيده والله أعلم .

كتاب اللقيط

وهو الطفل المنبوذ ، واللقيط بمعنى الملقوط فعيل بمعنى مفعول ، كقولهم قتيل وجريح وطريح ، والتقاطه واجب لقول الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) ولأن فيه إحياء نفسه فكان واجباً كإطعامه إذا اضطر وإنجائه من الغرق ، ووجوبه على الكفاية إذا قام به واحد سقط عن الباقين ، فإن تركه الجماعة أثموا كلهم إذا علموا فتركوه مع إمكان أخذه .

وروى عن سنين أبي جميلة (١) قال : وجدت ملقوطا فأتيت به عمر (رض) فقال عريفي : يا أمير المؤمنين إنه رجل صالح ، فقال عمر أ كذلك هو ؟ قال نعم قال فاذهب فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته ، رواه سعيد عن سفيان عن الزهري ، سمع سنينا أبا جميلة بهذا وقال علينا رضاعه .

« مسألة » قال (واللقيط حر)

وجملة ذلك أن اللقيط حر في قول عامة أهل العلم إلا النخعي ، قال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم على أن اللقيط حر ، روينا هذا القول عن عمر وعلي رضي الله عنهما ، وبه قال عمر بن عبدالعزيز والشعبي والحكم وحماد ومالك والثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي ومن تبعهم ، وقال النخعي إن التقطه للحسبة فهو حر ، وان كان أراد أن يسترقه فذلك له ، وذلك قول شذ فيه عن الخلفاء والعلماء . ولا يصح في النظر ، فإن الأصل في الادميين الحرية ، فإن الله تعالى خلق آدم وذريته أحراراً وإنما الرق للعارض ، فإذا لم يعلم ذلك العارض فله حكم الأصل

(فصل) ولا يخلو اللقيط من أن يوجد في دار الإسلام أو في دار الكفر فأما دار الاسلام فضربان .

---

(١) سنين أبو جميلة أدرك النبي صلى الله عليه وسلم وشهد عام الفتح روى عنه الزهري وزيد بن أسلم ، سئل أبو زرعة عن سنين هذا في اللقيط فلم يكن ثبتا ولم يكن بالمشهور عنده .

أحدهما : دار اختطها المسلمون كبغداد والبصرة والكوفة ، فلقيط هذه محكوم بإسلامه ، وان كان فيها أهل الذمة تغليبا للإسلام ولظاهر الدار ، ولأن الاسلام يعلو ولا يعلى عليه .

الثانى : دار فتحها المسلمون كمدائن الشام ، فهذه إن كان فيها مسلم واحد حكم بإسلام لقيطها ، لأنه يحتمل أن يكون لذلك المسلم تغليبا للإسلام . وان لم يكن فيها مسلم بل كل أهلها ذمة حكم بكفره ، لأن تغليب حكم الاسلام إنما يكون مع الاحتمال ، وأما بلد الكفار فضربان أيضا .

أحدهما : بلد كان للمسلمين فغلب الكفار عليه كالساحل ، فهذا كالقسم الذى قبله ، إن كان فيه مسلم واحد حكم بإسلام لقيطه ، وإن لم يكن فيه مسلم فهو كافر ، وقال القاضى : يحكم بإسلامه أيضا لأنه يحتمل أن يكون فيه مؤمن يكتم إيمانه ، بخلاف الذى قبله فإنه لا حاجة به الى كتم إيمانه فى دار الاسلام ، وان كان فى بلد كان للمسلمين ثم غلب عليه المشركون ثم ظهر عليه المسلمون وأقروا فيه أهله بالجزيه فهذا كالقسم الثانى من دار الاسلام .

الثانى : دار لم تكن للمسلمين أصلا ، كبلاد الهند والروم ، فإن لم يكن فيها مسلم فلقيطها كافر لأن الدار لهم وأهلها منهم ، وان كان فيها مسلمون كالتجار وغيرهم احتمل أن يحكم بإسلامه تغليبا للإسلام ؛ واحتمل أن يحكم بكفره تغليبا للدار والأكثر ، وهذا التفصيل كله مذهب الشافعى .

قال ابن المنذر : أجمع عوام أهل العلم على أن الطفل إذا وجد فى بلاد المسلمين ميتا فى أى مكان وجد أن غسله ودفنه فى مقابر المسلمين يجب ، وقد منعوا أن يدفن أطفال المشركين فى مقابر المسلمين ، قال إذا وجد لقيط فى قرية ليس فيها إلا مشرك فهو على ظاهر ما حكموا به أنه كافر . هذا قول أصحاب الشافعى وأصحاب الرأى .

(فصـــل) وفى الموضع الذى حكمنا بإسلامه انما يثبت ذلك ظاهراً لا يقينا ، لأنه يحتمل أن يكون ولد كافر ، فلو أقام كافر بينة أنه ولده ولد على فراشه حكمنا له به ، وإذا بلغ اللقيط حداً يصح فيه اسلامه وردته فوصف الاسلام فهو مسلم ، سواء كان ممن حكم بإسلامه أو كفره ، وان وصف الكفر وهو ممن حكم

بإسلامه فهو مرتد لا يقر على كفره ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وذكر القاضي وجها أنه يقر على كفره وهو منصوص الشافعي ، لأن قوله أقوى من ظاهر الدار ، وهذا وجه مظلم لأن دليل الإسلام وجد عريا عن المعارض وثبت حكمه واستقر فلم يجز إزالة حكمه بقوله ، كما لو كان ابن مسلم .

وقوله لا دلالة فيه أصلا لأنه لا يعرف فى الحال من كان أبوه ولا ما كان دينه ، وانما يقول هذا من تلقاء نفسه ، فعلى هذا اذا بلغ استتيب ثلاثا ، فان تاب والا قتل . فأما على قولهم فقال القاضي ان وصف كفراً يقر أهله عليه بالجزية عقدت له الذمة ، فان امتنع من التزامها أو وصف كفراً لا يقر أهله عليه ألحق بمأمنه . وهذا بعيد جداً ، فان هذا اللقيط لا يخلو من أن يكون ابن وثنى حربى فهو حاصل فى يد المسلمين بغير عهدة ولا عقد فيكون لواجده ويصير مسلما باسلام سابيه . أو يكون ابن ذميين أو أحدهما ذمى فلا يقر على الانتقال الى غير دين أهل الكتاب ، أو يكون ابن مسلم أو ابن مسلمين فيكون مسلما .

قال أحمد فى أمة نصرانية ولدت من فجور : ولدها مسلم لأن أبويه يهودانه وينصرانه ، وهذا ليس معه الا أمه ، واذا لم يكن لهذا الولد حال يحتمل أن يقر فيها على دين لا يقر أهله عليه فكيف يرد الى دار الحرب .

(فصـــل)

اذا جنى اللقيط جناية تحملها العاقلة فالعقل على بيت المـــال لأن ميراثه له ونفقته عليه ؛ وان جنى جناية لا تحملها العاقلة فحكمه فيها غير حكم اللقيط ان كانت توجب القصاص وهو بالغ عاقل اقتص منه ، وان كانت موجبة للمال وله مال استوفى منه والا كان فى ذمته حتى يوسر ، وان جنى عليه فى النفس جناية توجب الدية فهى لبيت المـال لانه وارثه ، وان كان عمداً محضا فالامام مخير بين استيفاء القصاص ان رآه أحظ للملاقيط والعفو على مال ، وبهذا قال الشافعى وابن المنذر وأبو حنيفة ، الا أنه يخيره بين القصاص والمصالحة ، وذلك لقول النبى صلى الله عليه وسلم « فالسلطان ولى من لا ولى له » .

وان جنى عليه فيما دون النفس جناية توجب الأرش قبل بلوغه فلوليه أخذ الأرش

وإن كانت عمداً موجبة للقصاص وللقيط مال يكفيه وقف الأمر على بلوغه ليقتص أو يعفو ، سواء كان عاقلا أو معتوهاً وإن لم يكن له مال وكان عاقلا انتظر بلوغه أيضا ، وإن كان معتوها فللولى العفو على مال يأخذه له ، لأن المعتوه ليست له حال معلومة منتظرة ، فإن ذلك قد يدوم به ، والعاقل له حال منتظرة فافترقا ، وفى الحال التى ينتظر بلوغه فإن الجانى يحبس حتى يبلغ اللقيط فيستوفى لنفسه . وهذا مذهب الشافعى ، وقد روى عن أحمد رواية أخرى أن للإمام استيفاء القصاص له ، وهو مذهب أبى حنيفة لأنه أحد نوعى القصاص ، فكان للإمام استيفاؤه عن اللقيط كالقصاص فى النفس .

ولنا أنه قصاص لم يتحتم استيفاؤه فوقف على قوله كما لو كان بالغا غائبا ، وفارق القصاص فى النفس فإن القصاص ليس هو له إنما هو لوارثه والإمام المتولى له .

(فصل) وإن قذف اللقيط بعد بلوغه محصنا حد ثمانين لأنه حر : وإن قذفه قاذف وهو محصن فعليه الحد لأنه محكوم بحريته فإن ادعى القاذف أنه عبد فصدقه اللقيط سقط الحد لاقرار المستحق بسقوط الحد ويجب التعزير لقذفه من ليس بمحصن وإن كذبه اللقيط وقال : إنى حر فالقول قوله لأنه محكوم بحريته ، فقوله موافق للظاهر ولذلك أوجبنا عليه حد الحر إذا كان قاذفا وأوجبنا له القصاص وإن كان الجانى حراً ، ويحتمل أن يكون القول قول القاذف لأنه يحتمل صحة ما قاله بأن يكون ابن أمة فيكون ذلك شبهة والحد يندرىء بالشبهات ، وفارق القصاص له اذا ادعى الجانى عليه أنه عبد ، لأن القصاص ليس بحد وإنما وجب حقا لآدمى ولذلك جازت المصالحة عنه وأخذ بدله بخلاف حد القذف ، ويتخرج من هذا أن اللقيط إذا كان قاذفا فادعى أنه عبد ليجب عليه حد العبد قبل منه لذلك والأول أصح ، لأن كل من كان محكوما بحريته لا يسقط الحد عن قاذفه باحتمال رقه بدليل مجهول النسب ولو سقط الحد لهذا الاحتمال لسقط وإن لم يدع القاذف رقه لأنه موجود وإن لم يدعه .

« مسألة » قال (وينفق عليه من بيت المال إن لم يوجد معه شىء ينفق عليه)

وجملته أن اللقيط إذا لم يوجد معه شىء لم يلزم الملتقط الانفاق عليه فى قول

عامة أهل العلم ، وقال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن نفقة اللقيط غير واجبة على الملتقط كوجوب نفقة الولد ، وذلك لأن أسباب وجوب النفقة من القرابة والزوجية والملك والولاء منتفية ، والالتقاط إنما هو تخليص له من الهلاك وتبرع بحفظه ، فلا يوجب ذلك النفقة كما لو فعله بغير اللقيط ، وتجب نفقته في بيت المال ، لقول عمر رضي الله عنه في حديث أبي جميلة اذهب فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته ، وفي رواية من بيت المال ، ولأن بيت المال وارثه وماله مصروف إليه فتكون نفقته عليه كقرابته ومولاه ، فإن تعذر الانفاق عليه من بيت المال لكونه لا مال فيه أو كان في مكان لا امام فيه أو لم يعط شيئا ، فعلى من علم حاله من المسلمين الانفاق عليه ، لقول الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) ولأن في ترك الانفاق عليه هلاكه ، وحفظه عن ذلك واجب كإنقاذه من الغرق ، وهذا فرض كفاية اذا قام به قوم سقط عن الباقين ، فإن تركه الكل أثموا ، ومن أنفق عليه متبرعا ، فلا شيء له سواء كان الملتقط أو غيره ، وان لم يتبرع بالانفاق عليه فأنفق عليه الملتقط أو غيره محتسبا بالرجوع عليه اذا أيسر وكان ذلك بأمر الحاكم لزم اللقيط ذلك اذا كانت النفقة قصداً بالمعروف ، وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، وان أنفق بغير أمر الحاكم محتسبا بالرجوع عليه ، فقال أحمد : تؤدى النفقة من بيت المال ، وقال شريح والنخعي يرجع عليه بالنفقة اذا أشهد عليه ، وقال عمر بن عبد العزيز : يحلف ما أنفق احتسابا ، فان حلف استسعى ، وقال الشعبي ومالك والثوري والأوزاعي ، وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن والشافعي وابن المنذر هو متبرع به .

ولنا أنه أدى ما وجب على غيره فكان له الرجوع على من كان الوجوب عليه كالضامن اذا قضى عن المضمون عنه ، وقد ذكرنا حكم هذا الاصل في موضعه .

(فصل) فأما ان وجد مع اللقيط شيء فهو له ، وينفق عليه منه ، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ، وذلك لان الطفل يملك وله يد صحيحة ، بدليل أنه يرث ويورث ، ويصح أن يشترى له وليه ويبيع ، ومن له ملك صحيح ، فله يد صحيحة كالبالغ ، اذا ثبت هذا فكل ما كان متصلا به أو متعلقا بمنفعته ، فهو تحت يده ، ويثبت بذلك ملكا له في الظاهر ، فمن ذلك ما كان لابسا له أو

مشدوداً فى ملبوسه ، أو فى يديه أو مجعولا فيه كالسرير والسفط وما فيه من فرش أو دراهم ، والثياب التى تحته والتى عليه ، وان كان مشدوداً على دابة أو كانت مشدودة فى ثيابه أو كان فى خيمة أو فى دار فهى له : وأما المنفصل عنه ، فان كان بعيداً منه فليس فى يده ، وان كان قريبا منه كثوب موضوع الى جانبه ففيه وجهان .

أحدهما : ليس هو له لانه منفصل عنه فهو كالبعيد .

والثانى : هو له وهو أصح ، لان الظاهر أنه ترك له فهو له بمنزلة ما هو تحته ، ولان القريب من البالغ يكون فى يده ، ألا ترى أن الرجل يقعد فى السوق ومتاعه بقربه ويحكم بأنه فى يده ؟ والحمال اذا جلس لاستراحة ترك حمله قريبا منه ، فأما المدفون تحته ، فقال ابن عقيل : ان كان الحفر طريا فهو له . والا فلا ، لان الظاهر أنه اذا كان طريا فواضع اللقيط حفره ، واذا لم يكن طريا كان مدفونا قبل وضعه وقيل ليس هو له بحال لانه بموضع لا يستحقه اذا لم يكن الحفر طريا ، فلم يكن له اذا كان طريا كالبعيد منه ، ولان الظاهر أنه لو كان له لشده واضعه فى ثيابه ليعلم به ولم يتركه فى مكان لا يطلع عليه . وكل ما حكمنا بأنه ليس له فحكمه حكم اللقطة وما هو له أنفق عليه منه ، فان كان فيه كفايته لم تجب نفقته على أحد لانه ذو مال فأشبه غيره من الناس .

اذا ثبت هذا : فان للملتقط الانفاق عليه بغير اذن الحاكم ذكره أبو عبد الله ابن حامد لانه ولى له فلم يعتبر فى الانفاق عليه فى حقه اذن الحاكم كوصى اليتيم ، ولان هذا من الامر بالمعروف فاستوى فيه الامام وغيره كتبديد الخمر ، وروى أبو الحارث عن أحمد فى رجل أودع رجلا مالا وغاب وطالت غيبته وله ولد ولا نفقة له ، هل ينفق عليهم هذا المستودع من مال الغائب ؟ فقال : تقوم امرأته الى الحاكم حتى يأمره بالانفاق عليهم ، فلم يجعل له الانفاق عليهم من غير اذن الحاكم فقال بعض أصحابنا هذا مثله ، والصحيح أن هذا مخالف له من وجهين .

أحدهما : أن الملتقط له ولاية على اللقيط وعلى ماله فان له ولاية أخذه وحفظه

والثانى : أنه ينفق على اللقيط من ماله وهذا بخلافه ، ولان الانفاق على الصبى

من مال أبيه مشروط بكون الصبي محتاجا إلى ذلك لعدم ماله وعدم نفقة تركها أبوه برسمه ، وذلك لا يقبل فيه قول المودع فاحتيج إلى إثبات ذلك عند الحاكم ولا كذلك في مسألتنا فلا يلزم من وجوب استئذان الحاكم ثم وجوبه في اللقيط ومتى لم يجد حاكما فله الانفاق بكل حال لأنه حال ضرورة ، وقال الشافعي ليس له أن ينفق بغير اذن الحاكم في موضع يجد حاكما . وإن أنفق ضمن بمنزلة مالو كان لأبي الصغير وداثع عند إنسان فأنفق عليه منه وذلك لانه لا ولاية له على ماله وانما له حق الحضانة ، وإن لم يجد حاكما فني جواز الانفاق وجهان .

ولنا ما ذكرناه ابتداء ولا نسلم أنه لا ولاية له على ماله فإنا قد بينا أن له أخذه وحفظه وهو أولى الناس به ، وذكرنا الفرق بين اللقيط وبين ما قاسوا عليه فإذا ثبت هذا فالمستحب أن يستأذن الحاكم في موضع يجد حاكما لانه أبعد من التهمة وأقطع للظنة وفيه خروج به من الخلاف وحفظ لماله من أن يرجع عليه بما أنفق ، فإذا ثبت هذا فينبغي أن ينفق عليه بالمعروف كما ذكرنا في ولي اليتيم فإن بلغ اللقيط واختلفا في قدر ما أنفق وفي التفريط في الانفاق فالقول قول المنفق ، لانه أمين فكان القول قوله في ذلك كولي اليتيم .

﴿ مسألة ﴾ قال (وولاؤه لسائر المسلمين)

يعني ميراثه لهم فإن اللقيط حر الاصل ولا ولاء عليه ، وانما يرثه المسلمون لانهم خولوا كل مال لا مالك له ولانهم يرثون مال من لا وارث له غير اللقيط فكذلك اللقيط ، وقول الخرقي وولاؤه لسائر المسلمين تجوز في اللفظ لاشتراك سائر المسلمين ومن له الولاء في أخذ الميراث وحيازته كله عند عدم الوارث ، هذا هو الظاهر وهو قول مالك والشافعي وأكثر أهل العلم ، وقال شريح واسحاق : عليه الولاء لملتقطه لما روى واثلة بن الاسقع قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « المرأة تحوز ثلاثة مواريث عتيقها ولقيطها وولدها الذي لاعنت عليه » أخرجه أبو داود والترمذي ، وقال حديث حسن ، وقال عمر لأبي جميلة في لقيطه هو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « انما الولاء لمن أعتق » ولانه لم يثبت

عليه رق ولا على آبائه فلم يثبت عليه ولاء كالمعروف نسبه ، ولانه ان كان ابن حرين فلا ولاء عليه وان كان ابن معتقين فلا يكون عليه ولاء لغير معتقها ، وحديث واثلة لا يثبت ، قاله ابن المنذر وخبر عمر قال ابن المنذر : أبو جميلة رجل مجهول لا تقوم بحديثه حجة ، ويحتمل أن عمر رضى الله عنه عنى بقوله : لك ولاؤه ، أى لك ولايته والقيام به وحفظه لذلك ذكره عقيب قول عريفه « انه رجل صالح » وهذا يقتضى تفويض الولاية إليه لكونه مأمونا عليه دون الميراث ، اذا ثبت هذا فان حكم اللقيط فى الميراث حكم من عرف نسبه وانقرض أهله يدفع الى بيت المال اذا لم يكن له وارث ، فان كان له زوجة فلها الربع والباقى لبيت المال وان كانت امرأة لها زوج فله النصف والباقى لبيت المال وان كانت له بنت أو ذو رحم كبنت بنت أخذت جميع المال لان الرد وذا الرحم مقدم على بيت المال ، والله أعلم .

« مسألة » قال (وان لم يكن من وجد اللقيط أمينا منع من السفر به)

وجملة ذلك : أن الملتقط ان كان أمينا أقر اللقيط فى يده لان عمر رضى الله عنه أقر اللقيط فى يد أبى جميلة حين قال له عريفه « انه رجل صالح » ولانه سبق اليه فكان أولى به لقول النبى صلى الله عليه وسلم « من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو أحق به » وهل يجب الاشهاد عليه ؟ فيه وجهان .

أحدهما . لا يجب كما لا يجب الاشهاد فى اللقطة . والثانى : يجب لان القصد بالاشهاد حفظ النسب والحرية فاختص بوجوب الشهادة كالنكاح ، وفارق اللقطة فان المقصود منها حفظ المال فلم يجب الاشهاد فيها كالبيع ، فأما ان كان غير أمين فظاهر كلام الخرقى أنه يقر فى يديه ويمنع من السفر به لئلا يدعى رقه ويبيعه ، وينبغى أن يجب الاشهاد عليه ويضم اليه من يشرف عليه لأننا اذا ضممنا اليه فى اللقطة من يشرف عليه فهمنا أولى ، وقال القاضى : المذهب أنه ينزع من يديه وهذا قول الشافعى ، لانه ليس فى حفظ اللقيط الا الولاية ولا ولاية لفاسق ، وفارق اللقطة من ثلاثة أوجه (أحدها) ان فى اللقطة معنى الكسب وليس ههنا الا الولاية ، والثانى : أن اللقطة لو انتزعناها منه رددناها اليه بعد الحول ، فاحتطنا عليها مع بقائها فى يديه وههنا لا ترد اليه بعد الانتزاع منه بحال ، فكان الانتزاع أحوط .

والثالث أن المقصود ثم حفظ المال ، ويمكن الاحتياط عليه بأن يستظهر عليه فى التعريف أو ينصب الحاكم من يعرفها . وههنا المقصود حفظ الحرية والنسب ولا سبيل الى الاستظهار عليه ، لأنه قد يدعى رقه فى بعض البلدان أو فى بعض الزمان ، ولأن اللقطة إنما يحتاج الى حفظها والاحتياط عليها عاما واحداً . وهذا يحتاج الى الاحتياط عليه فى جميع زمانه . وأما على ظاهر قول الخرقى فلا ينزع منه لأنه قد ثبتت له الولاية بالتقاطه إياه وسبقه اليه . وأمكن حفظ اللقيط فى يديه بالإشهاد عليه وضم أمين يشارفه اليه ويشيع أمره فيعرف أنه لقيط فينحفظ بذلك من غير زوال ولايته جمعا بين الحقين كما فى اللقطة ، وكما لو كان الوصى خائنا . وما ذكر من الترجيح للقطة فيمكن معارضته بأن اللقيط ظاهر مكشوف لا تخفى الخيانة فيه . واللقطة مستورة خفية تتطرق اليها الخيانة ولا يعلم بها ، ولأن اللقطة يمكن أخذ بعضها وتنقيصها وإبدالها ، ولا يتمكن من ذلك فى اللقيط ولأن المال محل الخيانة والنفوس إلى تناوله وأخذه داعية بخلاف النفوس ، فعلى هذا متى أراد الملتقط السفر باللقيط منع منه : لأنه يبعده ممن عرف حاله فلا يؤمن أن يدعى رقه ويبيعه

(فصـــل)

واذا التقط اللقيط من هو مستور الحال لم تعرف منه حقيقة العدالة ولا الخيانة أقر اللقيط فى يديه ، لأن حكمه حكم العدل فى لقطة المال والولاية فى النكاح والشهادة فيه وفى أكثر الاحكام ، ولأن الأصل فى المسلم العدالة ؛ ولذلك قال عمر رضى الله عنه « المسلمون عدول بعضهم على بعض » فإن أراد السفر بلقطته ففيه وجهان .

أحدهما لا يقر فى يديه ، وهذا مذهب الشافعى ، لأنه لم يتحقق أمانته فلم تؤمن الخيانة منه .

والثانى يقر فى يديه ، لأنه يقر فى يديه فى الحضر من غير مشرف يضم اليه فأشبه العدل ، ولان الظاهر الستر والصيانة ، فأما من عرفت عدالته وظهرت امانته فيقر اللقيط فى يده فى سفره وحضره لانه مأمون عليه اذا كان سفره لغير النقلة .

فصل

فإن كان سفر الأمين باللقيط الى مكان يقيم به ، نظرنا فإن كان التقطه من الحضر فأراد النقل به الى البادية لم يقر فى يده لوجهين :

أحدهما أن مقامه فى الحضر أصلح له فى دينه ودنياه وأرفه له

والثانى أنه إذا وجد فى الحضر فالظاهر أنه ولد فيه ، فبقاؤه فيه أرجى لكشف نسبه وظهور أهله واعترافهم به ، فإن أراد النقلة به الى بلد آخر من الحضر ففيه وجهان :

أحدهما لا يقر فى يده ، ولأن بقاءه فى بلده أرجى لكشف نسبه ، فلم يقر فى يد المنتقل عنه قياسا على المنتقل به إلى البادية .

والثانى يقر فى يده لأن ولايته ثابتة ، والبلد الثانى كالأول فى الرفاهية فيقر فى يده ، كما لو انتقل من أحد جانبي البلد الى الجانب الآخر ، وفارق المنتقل به الى البادية لأنه يضر به بتفويت الرفاهية عليه . وان التقطه من البادية فله نقله الى الحضر لأنه ينقله من أرض البؤس والشقاء الى الرفاهية والدعة والدين . وان أقام به فى حلة يستوطنها فله ذلك ، وان كان ينتقل به الى المواضع احتمل أن يقر فى يديه ، لأن الظاهر أنه ابن بدويين ، واقراره فى يدى ملتقطه أرجى لكشف نسبه ويحتمل أن يؤخذ منه فيدفع إلى صاحب قرية ، لانه أرفه له وأخف عليه ، وكل موضع قلنا ينزع من ملتقطه ، فإنما يكون ذلك إذا وجد من يدفع اليه ممن هو أولى به ، فإن لم يوجد من يقوم به أقر فى يدى ملتقطه ، لأن إقراره فى يديه مع قصوره أولى من إهلاكه ، وان لم يوجد إلا مثل ملتقطه فلتقطه أولى به ، اذ لا فائدة فى نزعه من يده ودفعه الى مثله .

(فصل) وليس للعبد التقاط الطفل المنبوذ اذا وجد من يلتقطه سواه ، لأن منافعه لسيده فلا يذهبها فى غير نفعه الا بإذنه ، ولأنه لا يثبت على اللقيط الا الولاية ولا ولاية لعبد ، فإن التقطه لم يقر فى يديه الا أن يأذن له السيد ، فإن أذن له أقر فى يديه لانه استعان به فى ذلك ، فصار كما لو التقطه بيده وسلمه اليه قال ابن عقيل : ان أذن له السيد لم يكن له الرجوع بعد ذلك وصار كما لو التقطه ،

والحكم فى الامة كالحكم فى المكاتب ، فأما ان لم يجد أحداً يلتقطه سواه وجب التقاطه لانه تخليص له من الهلاك ، فأشبه تخليصه من الغرق ، والمدبر وأم الولد والمعلق عتقه بصفة كالقن ، وكذلك المكاتب لانه ليس له التبرع بماله ولا بمنافعه الا أن يأذن له سيده فى ذلك .

فصل

وليس لكافر التقاط مسلم ، لانه لا ولاية لكافر على مسلم ، ولأنه لا يؤمن أن يفتنه ويعلمه الكفر ، بل الظاهر أنه يربيه على دينه وينشأ على ذلك كولده ، فإن التقطه لم يقر فى يده ، وان كان الطفل محكوما بكفره فله التقاطه ، لان الذين كفروا بعضهم أولياء بعض

(فصل) وان التقطه اثنان وتناولاه تناولا واحداً ، لم يخل من ثلاثة أقسام أحدها أن يكون ممن يقر فى يديه كالمسلم العدل الحر . والآخر ممن لا يقر فى يديه كالكافر اذا كان اللقيط مسلما ، والفاسق والعبد اذا لم يأذن له سيده والمكاتب فانه يسلم الى من يقر فى يده ، وتكون مشاركة هؤلاء كعدمها : لانه لو التقطه وحده لم يقر فى يده ، فاذا شاركه من هو من أهل الالتقاط أولى

الثانى : أن يكونا جميعاً من لا يقر فى يدى واحد منهما ، فانه ينزع منهما ويسلم الى غيرهما .

الثالث : أن يكون كل واحد منهما ممن يقر فى يده لو انفرد ، الا أن أحدهما أحظ للقيط من الآخر ، مثل أن يكون أحدهما موسراً والآخر معسراً فالموسر أحق ، لان ذلك أحق للطفل ، وان التقط مسلم وكافر طفلا محكوما بكفره فالمسلم أحق . وقال أصحابنا وأصحاب الشافعى : هما سواء لان للكافر ولاية على الكافر ويقر فى يده اذا انفرد بالتقاطه فساوى المسلم فى ذلك

ولنا أن دفعه الى المسلم أحظ له ، لانه يصير مسلما فيسعد فى الدنيا والآخرة وينجو من النار ويتخلص من الجزية والصغار ، فالترجيح بهذا أولى من الترجيح باليسار الذى انما يتعلق به توسعة عليه فى الإنفاق ، وقد يكون الموسر بخيلا فلا تحصل التوسعة ، فان تعارض الترجيحان ، فكان المسلم فقيراً والكافر موسراً ،

فالمسلم أولى ، لأن النفع الحاصل له بإسلامه أعظم من النفع الحاصل بيساره مع كفره ، وعلى قياس قولهم فى تقديم الموسر ينبغى أن يقدم الجواد على البخيل ، لأن حظ الطفل عنده أكثر من الجهة التى يحصل له الحظ فيها باليسار ، وربما تخلق بأخلاقه وتعلم من جوده

الرابع : أن يتساويا فى كونهما مسلمين عدلين حرين مقيمين فهما سواء فيه ، فإن رضى أحدهما بإسقاط حقه وتسليمه الى صاحبه جاز ، لأن الحق له فلا يمنع من الإيثار به ، وان تشاحا أقرع بينهما لقول الله تعالى (وما كنت لديهم اذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم) ولأنه لا يمكن كونه عندهما لأنه لا يمكن أن يكون عندهما فى حالة واحدة ؛ وان تهاياه فجعل عند كل واحد يوماً أو أكثر من ذلك أضر بالطفل ، لانه تختلف عليه الاغذية والانس والالف ، ولا يمكن دفعه الى أحدهما دون الآخر بغير قرعة لان حقهما متساو ، فتعين أحدهما بالتحكم لا يجوز فتعين الاقراع بينهما كما يقرع بين الشركاء فى تعيين السهام فى القسمة وبين النساء فى البداية بالقسمة وبين العبيد فى الإعتاق ، والرجل والمرأة سواء ، ولا ترجح المرأة ههنا ، كما ترجح فى حضانة ولدها على أبيه : لانها رجحت ثم لشفقتها على ولدها وتوليها لحضانته بنفسها ، والاب يحضنه بأجنبية ، فكانت أمه أحظ له وأرفق به ، أما ههنا فانها أجنبية من اللقيط . والرجل يحضنه بأجنبية فاستويا ، ومذهب الشافعى فى هذا الفصل جميعه على ما ذكرنا ، فان كان أحدهما مستور الحال والآخر ظاهر العدالة ، احتمل أن يرجح العدل . لأن المانع من الالتقاط منتف فى حقه بغير شك والآخر مشكوك فيه ، فيكون الحظ للطفل فى تسليمه اليه أتم ، ويحتمل أن يتساويا لأن احتمال وجود المانع لا يؤثر فى المنع فلا يؤثر فى الترجيح .

(فصل) وان رأياه جميعاً فسبق أحدهما فأخذه أو وضع يده عليه ، فهو أحق به : لقوله عليه السلام « من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو أحق به » وان رآه أحدهما قبل صاحبه فسبق الى أخذه الآخر ، فالسابق الى أخذه أحق ، لأن الالتقاط هو الاخذ لا الرؤية . ولو قال أحدهما لصاحبه ناولنيه ، فأخذه الآخر نظرنا الى نيته ، فان نوى أخذه لنفسه فهو أحق ، كما لو لم يأمره الآخر بمناولته

اياه ، وان نوى مناولته فهو للآمر ، لانه فعل ذلك بنية النيابة عنه ، فأشبه ما لو توكل له فى تحصيل مباح .

(فصـــل) فان اختلفا فقال كل واحد منهما أنا التقطته ولا بينة لاحدهما . وكان فى يد أحدهما فالقول قوله مع يمينه أنه التقطه . ذكر ذلك أبو الخطاب . وهذا قول الشافعى .

وقال القاضى : قياس المذهب أنه لا يحلف كما فى الطلاق والنكاح

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم ، فان كان فى يديهما أقرع بينهما ، فمن قرع صاحبه حلف وسلم اليه ، وعلى قول القاضى : لا تشرع اليمين ههنا ويسلم اليه بمجرد وقوع القرعة له ، وان لم يكن فى يد واحد منهما . فقال القاضى وأبو الخطاب . يسلمه الحاكم الى من يرى منهما أو من غيرهما ، لأنه لا حق لهما ، والاولى أن يقرع بينهما ، كما لو كان فى أيديهما لأنهما تنازعا حقاً فى يد غيرهما ، فأشبه ما لو تنازعا وديعة عند غيرهما ، فان وصفه أحدهما مثل أن يقول : فى ظهره شامة أو بجسده علامة ، وذكر شيئا فى جسده مستوراً ، فقال أبو الخطاب يقدم بالصفة . وهو قول أبى حنيفة . وقال الشافعى : لا يقدم بالصفه كما لو وصف المدعى فانه لا تقدم به دعواه

ولنا أن هذا نوع من اللقطة فقدم بوصفها كلقطة المال ، ولأن ذلك يدل على قوة يده فكان مقدماً بها ، وقياس اللقيط على اللقطة أولى من قياسه على غيرها لأن اللقيط لقطة أيضا ، وان كان لأحدهما بينة قدم بها ، وان كان لكل واحد منهما بينة قدم أسبقهما تاريخا . لأن الثانى انما أخذ من قد ثبت الحق فيه لغيره ، وان استوى تاريخهما أو أطلقتا معاً أو أرخت احداهما وأطلقت الأخرى فقد تعارضتا ، وهل يسقطان أو يستعملان ؟ فيه وجهان .

أحدهما يسقطان فيصيران كمن لا بينة لهما

والثانى يستعملان ويقرع بينهما ، فمن قرع صاحبه كان أولى ، وسنذكر ذلك فى بابه ان شاء الله تعالى ؛ وان كان اللقيط فى يد أحدهما فهل تقدم بينته على بينة الآخر ، أو تقدم بينة الخارج ؟ فيه وجهان مبنيان على الروايتين فى دعوى

المال، وإن كان أحد المتداعيين ممن لا تقر يده على اللقيط أقر في يد الآخر ولم يلتفت الى دعوى من لا يقر في يده بحال .

« مسألة » قال (وإذا ادعاه مسلم وكافر أرى القافة فبأيهما ألحقوه لحق)

يعني إذا ادعى نسبه فلا تخلو دعوى نسب اللقيط من قسمين :
أحدهما : أن يدعيه واحد ينفرد بدعواه فينظر فان كان المدعي رجلا مسلما حراً لحق نسبه به بغير خلاف بين أهل العلم إذا أمكن أن يكون منه . لان الإقرار محض نفع للطفل لاتصال نسبه . ولا مضرة على غيره فيه فقبل كما لو أقر له بمال ، ثم إن كان المقر به ملتقطه أقر في يديه ، وان كان غيره فله أن ينتزعه من الملتقط لانه قد ثبت أنه أبوه فيكون أحق بولده كما لو قامت به بينة ، وان كان المدعي له عبداً لحق به أيضاً ، لأن لمائه حرمة فلحق به نسبه كالحر ، وهذا قول الشافعي وغيره غير أنه لا تثبت له حضانة لأنه مشغول بخدمة سيده ولا تجب عليه نفقته لانه لا مال له ولا على سيده لأن الطفل محكوم بحريته ، فتكون نفقته في بيت المال ، وان كان المدعي ذميا لحق به لأنه أقوى من العبد في ثبوت الفراش فانه يثبت له بالنكاح والوطء في الملك ، وقال أبو ثور : لا يلحق به لأنه محكوم بإسلامه
ولنا أنه أقر بنسب مجهول النسب يمكن أن يكون منه وليس في إقراره إضرار بغيره فيثبت إقراره كالمسلم .
إذا ثبت هذا : فانه يلحق به من النسب لا في الدين ، ولا حق له في حضانته ، وقال الشافعي في أحد قوليه : يتبعه في دينه لأن كل ما لحق به نسبه لحق به في دينه كالبينة إلا أنه يحال بينه وبينه .
ولنا أن هذا حكم بإسلامه فلا يقبل قول الذمي في كفره كما لو كان معروف النسب ولأنها دعوى تخالف الظاهر فلم تقبل بمجردها كدعوى رقه ولأنه لو تبعه في دينه لم يقبل إقراره بنسبه لأنه يكون إضراراً به فلم تقبل كدعوى الرق ، أما بمجرد النسب بدون اتباعه في الدين فمصلحة عارية عن الضرر فقبل قوله فيه ، ولا يجوز قبوله فيما هو أعظم : الضرر والخزي في الدنيا والآخرة وان كان المدعي إمرأة فاختلف عن أحمد رحمه الله فروى أن دعوتها تقبل ويلحقها نسبه لأنها

أحد الأبوين ، فثبت النسب بدعواها كالأب ولأنه يمكن ان يكون منها كما يكون ولد الرجل بل أكثر ، لأنها تأتى به من زوج ووطء بشبهة ويلحقها ولدها من الزنا دون الرجل ، ولأن فى قصة داود وسليمان عليهما السلام حين تحاكم اليهما إمرأتان كان لهما ابنان فذهب الذئب بأحدهما فادعت كل واحدة منهما أن الباقى ابنها وأن الذى أخذه الذئب ابن الأخرى ، فحكم به داود للكبرى وحكم به سليمان للأخرى بمجرد الدعوى منهما ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعى .

فعلى هذه الرواية يلحق بها دون زوجها ، لأنه لا يجوز أن يلحقه نسب ولد لم يقر به ، وكذلك إذا ادعى الرجل نسبه لم يلحق بزوجته ، فإن قيل الرجل يمكن أن يكون له ولد من إمرأة أخرى أو من أمته والمرأة لا يحل لها نكاح غير زوجها ، لا يحل وطؤها لغيره ؟ قلنا يمكن أن تلد من وطء شبهة أو غيره ، وان كان الولد يحتمل أن يكون موجوداً قبل أن يتزوجها هذا الزوج أمكن أن يكون من زوج آخر .

فإن قيل : انما قبل الإقرار بالنسب من الزوج لما فيه من المصلحة بدفع العار عن الصبى وصيانته عن النسبة الى كونه ولد زنا ولا يحصل هذا بإلحاق نسبه بالمرأة بل إلحاقها بها دون زوجها تطرق للعار اليه واليها : قلنا بل قبلنا دعواه لأنه يدعى حقا لا منازع له فيه ولا مضرة على أحد فيه فقبل قوله فيه كدعوى المال وهذا متحقق فى دعوى المرأة .

والرواية الثانية : أنها ان كان لها زوج لم يثبت النسب بدعواها لإفضائه الى إلحاق النسب بزوجها بغير اقراره ولا رضاه أو الى أن امرأته وطئت بزنا أو شبهة وفى ذلك ضرر عليه فلا يقبل قولها فيما يلحق الضرر به ، وان لم يكن لها زوج قبلت دعواها لعدم هذا الضرر ، وهذا أيضاً وجه لأصحاب الشافعى .

والرواية الثالثة : نقلها الكوسج عن أحمد فى امرأة ادعت ولداً ان كان لها اخوة أو نسب معروف لا تصدق الا ببينة ، وان لم يكن لها دافع لم يحل بينها وبينه لأنه إذا كان لها أهل ونسب معروف لم تخف ولادتها عليهم يتضررون بإلحاق النسب بها لما فيه من تعييرهم بولادتها من غير زوجها وليس كذلك اذا لم يكن لها أهل ويحتمل أن لا يثبت النسب بدعواها بحال ، وهذا قول الثورى والشافعى وأبى ثور

وأصحاب الرأى ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهـل العلم على أن النسب لا يثبت بدعوى المرأة لأنها يمكنها إقامة البينة على الولادة ، فلا يقبل قولها بمجرده كما لو علق زوجها طلاقها بولادتها .

ولنا أنها أحد الوالدين فأشبهت الأب : وإمكان البينة لا يمنع قبول القول كالرجل فانه تمكنه البينة أن هذا ولد على فراشه ، وان كان المدعى أمة فهى كالحرة إلا أننا إذا قبلنا دعواها فى نسبه لم نقبل قولها فى رقه لأننا لا نقبل الدعوى فيما يضره كما لم نقبل الدعوى فى كفره إذا ادعى نسبه كافر .

القسم الثانى : أن يدعى نسبه اثنان فصاعدا والكلام فى ذلك فى فصول .

أحدها : أنه إذا ادعاه مسلم وكافر أو حر وعبد فهما سواء ، وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة : المسلم أولى من الذمى والحر أولى من العبد ، لأن على اللقيط ضرراً فى الحاقه بالعبد والذمى فكان الحاقه بالحر المسلم أولى كما لو تنازعوا فى الحضانة . ولنا : أن كل واحد لو انفرد صحت دعواه ، فإذا تنازعوا تساووا فى الدعوى كالأحرار المسلمين ، وما ذكروه من الضرر لا يتحقق فاننا لا نحكم برقه ولا كفره ولا يشبه النسب الحضانة ، بدليل أننا نقدم فى الحضانة الموسر والحضرى ولا نقدمهما فى دعوى النسب .

قال ابن المنذر : اذا كان عبد امرأته أمة فى أيديهما صبى فادعى رجل من العرب امرأته عربية أنه ابنه من امرأته فأقام العبد بينة بدعواه أنه ابنه فهو ابنه فى قول أبى ثور وغيره . وقال أصحاب الرأى يقضى به للعربى للعتق الذى يدخل فيه ، وكذلك لو كان المدعى من الموالى عبدهم ، وقولهم هذا غير صحيح ، لأن العرب وغيرهم فى أحكام الله ولحوق النسب بهم سواء .

الفصل الثانى : أنه اذا ادعاه اثنان فكان لأحدهما به بينة فهو ابنه وان أقاما بينتين تعارضتا وسقطتا ولا يمكن استعمالها ههنا ، لأن استعمالها فى المال اما بقسمته بين المتداعيين ولا سبيل اليه ههنا واما بالإقراع بينهما والقرعة لا يثبت بها النسب ، فإن قيل : فإن ثبوته ههنا يكون بالبينة لا بالقرعة ، وانما القرعة مرجحة ؟ قلنا : فيلزم أنه اذا اشترك رجلان فى وطء امرأة فأتت بولد يقرع بينهما ويكون لحوقه بالوطء لا بالقرعة .

الفصل الثالث : أنه إذا لم تكن به بينة أو تعارضت به بينتان وسقطتا فانا نريه القافة معهما أو مع عصبتهما عند فقدهما فنلحقه بمن ألحقته به منهما، هذاقول أنس وعطاء ويزيد بن عبد الملك والأوزاعى والليث والشافعى وأبى ثور .

وقال أصحاب الرأى لا حكم للقافة ويلحق بالمدعيين جميعا ؛ لأن الحكم بالقافة تعويل على مجرد الشبه والظن والتخمين فإن الشبه يوجد بين الأجانب وينتفى بين الأقارب ، ولهذا روى عن النبى (ص) « أن رجلا أتاه فقال : يا رسول الله ان إمرأتى ولدت غلاما أسود فقال : هل لك من إبل ؟ قال نعم . قال فما ألوانها ؟ قال حمر . قال فهل فيها من أورق ؟ قال نعم . قال أنى أتاها ذلك ؟ قال لعل عرقا نزع ، قال وهذا لعل عرقا نزع » متفق عليه . قالوا ولو كان الشبه كافيا لا كتفى به فى ولد الملاعنة وفيما إذا أقر أحد الورثة بأخ فأنكره الباقون .

ولنا ما روى عن عائشة رضى الله عنها « أن النبى صلى الله عليه وسلم دخل عليها يوما مسروراً تبرق أسارير وجهه فقال : ألم ترى أن مجززاً المدلجى نظر آنفا الى زيد وأسامة وقد غطيا رءوسهما وبدت أقدامهما فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض ؟ » متفق عليه ، فلولا جواز الاعتماد على القافة لما سر به النبى (ص) ولا اعتمد عليه ، ولأن عمر رضى الله عنه قضى به بحضرة الصحابة فلم ينكره منكر فكان إجماعا .

يدل على ذلك قول النبى صلى الله عليه وسلم فى ولد الملاعنة « انظروها فإن جاءت به أحمش الساقين كأنه وحرة فلا أراه إلا قد كذب عليها ، وان جاءت به أكحل جعداً جماليا سابغ الاليتين خدلج الساقين فهو للذى رميت به ؛ فأتت به على النعت المكروه ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : لولا الأيمان لكان لى ولها شأن » فقد حكم به النبى صلى الله عليه وسلم للذى أشبه منهما .

وقوله « لولا الأيمان لكان لى ولها شأن » يدل على أنه لم يمنعه من العمل بالشبه إلا الأيمان ، فإذا انتفى المانع يجب العمل به لوجود مقتضيه .

وكذلك قول النبى صلى الله عليه وسلم فى ابن أمة زمعة حين رأى به شبها بينا بعتبة بن أبى وقاص « احتجبى منه يا سودة » فعمل بالشبه فى حجب سودة عنه .

فإن قيل : فالحديثان حجة عليكم إذ لم يحكم النبى صلى الله عليه وسلم بالشبه فيهما

بل ألحق الولد بزمعة وقال لعبد بن زمعة « هو لك يا عبد بن زمعة ، الولد للفراش وللعاهر الحجر » ولم يعمل بشبه ولد الملاعنه فى إقامة الحد عليها لشبهه بالمقذوف قلنا إنما لم يعمل به فى ابن أمة زمعة لان الفراش أقوى وترك العمل بالبينه لمعارضة ما هو أقوى منه لا يوجب الإعراض عنه اذا خلت عن المعارض ، وكذلك ترك إقامة الحد عليها من أجل أيمانها بدليل قوله « لولا الأيمان لكان لى ولها شأن » على أن ضعف الشبه عن اقامة الحد لا يوجب ضعفه عن الحاق النسب فإن الحد فى الزنا لا يثبت الا بأقوى البينات وأكثرها عدداً وأقوى الإقرار حتى يعتبر فيه تكراره أربع مرات ، ويدرأ بالشبهات ، والنسب يثبت بشهادة امرأة واحدة على الولادة ، ويثبت بمجرد الدعوى ويثبت مع ظهور انتفائه ، حتى لو ان امرأة أتت بولد وزوجها غائب عنها منذ عشرين سنة لحقه ولدها [1] ؟ فكيف يحتج على نفيه بعدم اقامة الحد ؟ ولأنه حكم بظن غالب ورأى راجح ممن هو من أهل الخبرة ، لجاز كقول المقومين .

وقولهم ان الشبه يجوز وجوده وعدمه .

قلنا الظاهر وجوده ولهذا قال النبى صلى الله عليه وسلم حين قالت أم سلمة « أو ترى ذلك المرأة ؟ قال : فمن أين يكون الشبه ؟ » والحديث الذى احتجوا به حجة عليهم ، لان انكار الرجل ولده لمخالفة لونه وعزمه على نفيه لذلك : يدل على ان العادة خلافه وان فى طباع الناس انكاره وان ذلك انما يوجد نادراً ، وانما ألحقه النبى صلى الله عليه وسلم به لوجود الفراش ، وتجوز مخالفة الظاهر لدليل ، ولا يجوز تركه من غير دليل ، ولان ضعف الشبه عن نفى النسب لا يلزم منه ضعفه عن اثباته فإن النسب يحتاط لإثباته ويثبت بأدنى دليل ، ويلزم من ذلك التشديد فى نفيه وأنه لا ينتفى الا بأقوى الأدلة كما أن الحد لما انتفى بالشبه لم يثبت الا بأقوى دليل ، فلا يلزم حينئذ من المنع من نفيه بالشبه فى الخبر المذكور ان لا يثبت به النسب فى مسألتنا .

فان قيل : فههنا اذا عملتم بالقافة فقد نفيتم النسب عمن لم تلحقه القافة به ،

---

(١) هذا من كلام الفقهاء الذى لا تعويل عليه .

قلنا : إنما انتفى النسب ههنا لعدم دليله لأنه لم يوجد إلا مجرد الدعوى ، وقد عارضها مثلها فسقط حكمها ، وكان الشبه مرجحا لأحدهما فانتفت دلالة الاخرى ، فلزم انتفاء النسب لانتفاء دليله ، وتقديم اللعان عليه لا يمنع العمل به عند عدمه ، كاليد تقدم عليها البينة ويعمل بها .

(فصل) والقافة قوم يعرفون الإنسان بالشبه ولا يختص ذلك بقبيلة معينة ، بل من عرف منه المعرفة بذلك وتكررت منه الاصابة فهو قائف ، وقيل أكثر ما يكون فى بنى مدلج رهط مجزز المدلجى الذى رأى أسامة وأباه زيداً قد غطيا رءوسهما وبدت أقدامهما فقال « إن هذه الأقدام بعضها من بعض » وكان إياس ابن معاوية المزنى قائفا ، وكذلك قيل فى شريح . ولا يقبل قول القائف إلا أن يكون ذكراً عدلا مجربا فى الاصابة حراً لأن قوله حكم ، والحكم تعتبر له هذه الشروط . وقال القاضى : وتعتبر معرفة القائف بالتجربة وهو أن يترك الصبي مع عشرة من الرجال غير من يدعيه ويرى إياهم فإن ألحقه بواحد منهم سقط قوله لأنا نتبين خطأه . وإن لم يلحقه بواحد منهم أريناه إياه مع عشرين فيهم مدعيه فإن ألحقه به لحق . ولو اعتبر بأن يرى صبيا معروف النسب مع قوم فيهم أبوه أو أخوه فإذا ألحقه بقريبه علمت إصابته ، وإن ألحقه بغيره سقط قوله جاز ، وهذه التجربة عند عرضه على القائف للاحتياط فى معرفة إصابته ، وإن لم نجربه فى الحال بعد أن يكون مشهوراً بالاصابة وصحة المعرفة فى مرات كبيرة جاز .

وقد روينا « أن رجلا شريفا شك فى ولد له من جاريته وأبى أن يستلحقه فمر به إياس بن معاوية فى المكتب وهو لا يعرفه فقال : ادع لى أباك فقال له المعلم ، ومن أبو هذا ؟ قال فلان . قال من أين علمت أنه أبوه؟ قال هو أشبه به من الغراب بالغراب ، فقام المعلم مسروراً إلى أبيه فأعلمه بقول إياس فخرج الرجل وسأل اياسا فقال من أين علمت أن هذا ولدى ؟ فقال سبحان الله وهو يخفى على أحد أنه أشبه بك من الغراب بالغراب ؟ فسر الرجل واستلحق ولده » وهل يقبل قول واحد أو لا يقبل إلا قول اثنين ؟ فظاهر كلام أحمد أنه لا يقبل إلا قول اثنين فإن الأثرم روى عنه أنه قيل له إذا قال أحد القافة هو لهذا ، وقال الآخر هو لهذا ؟

قال لا يقبل واحد حتى يجتمع اثنان فيكونان شاهدين . فإذا شهد اثنان من القافة أنه لهذا فهو لهذا ، لأنه قول يثبت به النسب فأشبه الشهادة ، وقال القاضي . يقبل قول الواحد لأنه حكم ويقبل في الحكم قول واحد . وحمل كلام أحمد على ما إذا تعارض قول القائفين فقال إذا خالف القائف غيره تعارضا وسقطا ، فإن قال اثنان قولا وخالفهما واحد فقولهما أولى لأنهما شاهدان فقولهما أقوى من قول واحد ، وان عارض قول اثنين قول اثنين سقط قول الجميع وان عارض قول الاثنين ثلاثة أو أكثر لم يرجح وسقط الجميع كما لو كانت احدى البينتين اثنين والأخرى ثلاثة فأكثر ، فأما ان ألحقته القافة بواحد ثم جاءت قافة أخرى فألحقته بآخر كان لاحقا بالأول لان القائف جرى مجرى حكم الحاكم ومتى حكم الحاكم حكما لم ينتقض بمخالفة غيره له ، وكذلك ان ألحقته بواحد ثم عادت فألحقته بغيره لذلك فإن أقام الاخر بينة أنه ولده حكم له به وسقط قول القائف لأنه بدل فيسقط بوجود الأصل كالتيمم مع الماء .

(فصل) وان ألحقته القافة بكافر أو رقيق لم يحكم بكفره ولا رقه لأن الحرية والاسلام ثبتا له بظاهر الدار فلا يزول ذلك بمجرد الشبه والظن كما لم يزل ذلك بمجرد الدعوى من المنفرد ، وانما قبلنا قول القائف في النسب للحاجة الى اثباته ولكونه غير مخالف للظاهر . ولهذا اكتفينا فيه بمجرد الدعوى من المنفرد ولا حاجة الى اثبات رقه وكفره ، واثباتهما يخالف الظاهر .

ولو ادعى نسب اللقيط انسان فألحق نسبه به لانفراده بالدعوى ثم جاء آخر فادعاه لم يزل نسبه عن الأول لأنه حكم له به ، فلا يزل بمجرد الدعوى ، فإن ألحقته به القافة لحق به وانقطع عن الأول ، لأنها بينة في الحاق النسب ويزول بها الحكم الثابت بمجرد الدعوى كالشهادة .

(فصل) واذا ادعاه اثنان فألحقته القافة بهما لحق بهما وكان ابنهما يرثهما ميراث ابن ويرثانه جميعا ميراث أب واحد ، وهذا يروى عن عمر وعلي رضي الله عنهما وهو قول أبي ثور ، وقال أصحاب الرأي يلحق بهما بمجرد الدعوى ، وقال الشافعي . لا يلحق بأكثر من واحد ، فاذا ألحقته بهما سقط قولهما ولم يحكم لهما واحتج

برواية عن عمر رضى الله عنه ، أن القافة قالت : قد اشتركا فيه ، فقال عمر : وال أيهما شئت ، ولأنه لا يتصور كونه من رجلين فاذا ألحقته القافة بهما تبينا كذبهما فسقط قولهما كما لو ألحقته بأمّين ، ولأن المدعيين لو اتفقا على ذلك لم يثبت ، ولو ادعاه كل واحد منهما وأقام بينة سقطتا ، ولو جاز أن يلحق بهما لثبت باتفاقهما وألحق بهما عند تعارض بينتهما .

ولنا ما روى سعيد فى سننه حدثنا سفيان عن يحيى عن سعيد عن سليمان ابن يسار عن عمر فى امرأة وطئها رجلان فى طهر فقال القائف ، قد اشتركا فيه جميعا فجعله بينهما ، وباسناده عن الشعبي قال وعلى يقول ، هو ابنهما وهما أبواه يرثهما ويرثانه ، ورواه الزبير بن بكار باسناده عن عمر . وقال الامام أحمد : حديث قتادة عن سعيد عن عمر جعله بينهما وقابوس عن أبيه عن على جعله بينهما ، وروى الأثرم باسناده عن سعيد بن المسيب فى ، رجلين اشتركا فى طهر امرأة فحملت فولدت غلاما يشبههما فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فدعى القافة فنظروا فقالوا نراه يشبههما فألحقه بهما وجعله يرثهما ويرثانه ، قال سعيد : عصبته الباقى منهما ، وما ذكروه عن عمر لا نعلم صحته وان صح فيحمل أنه ترك قول القافة لأمر آخر اما لعدم ثقتهما واما لانه ظهر له من قولهما واختلافه ما يوجب تركه فلا ينحصر المانع من قبول قولهما فى أنهما اشتركا فيه ، قال أحمد اذا ألحقته القافة بهما ورثهما وورثاه ، فان مات أحدهما فهو للباقى منهما ونسبه من الاول قائم لا يزيله شيء ، ومعنى قوله ، هو للباقى منهما ، والله أعلم أنه يرثه ميراث أب كامل كما أن الجدة اذا انفردت أخذت ما يأخذه الجدات ، والزوجة تأخذ وحدها ما يأخذه جميع الزوجات .

(فصل) وان دعاه أكثر من اثنين فألحقته بهم القافة فنص أحمد فى رواية مهنا : أنه يلحق بثلاثة ، ومقتضى هذا أنه يلحق بمن ألحقته القافة وان كثروا ، قال أبو عبد الله بن حامد : لا يلحق بأكثر من اثنين وهو قول أبى يوسف لأنا صرنا الى ذلك للأثر فيقتصر عليه ، وقال القاضى : لا يلحق بأكثر من ثلاثة وهو قول محمد بن الحسن ، وروى ذلك عن أبى يوسف أيضاً .

ولنا أن المعنى الذى لأجله لحق باثنين موجود فيما زاد عليه فيقاس عليه واذا

جاز أن يلحق من اثنين جاز أن يلحق من أكثر من ذلك ، وقولهم إن إلحاقه بالاثنين على خلاف الأصل ممنوع وإن سلمناه ، لكنه ثبت لمعنى موجود فى غيره فيجب تعدية الحكم به كما أن إباحة أكل الميتة عند المخمصة أبيح على خلاف الأصل لا يمنع من أن يقاس على ذلك مال غيره والصيد الحرمى وغيرهما من المحرمات لوجود المعنى وهو إبقاء النفس وتخليصها من الهلاك ، وأما قول من قال أنه يجوز إلحاقه بثلاثة ولا يزاد على ذلك فتحكم فإنه لم يقتصر على المنصوص عليه ولا عدى الحكم إلى كل ما وجد فيه المعنى ولا نعلم فى الثلاثة معنى خاصا يقتضى إلحاق النسب بهم فلم يجز الاقتصار عليه بالتحكم .

(فصل) وإذا لم توجد قافة أو أشكل الأمر عليها أو تعارضت أقوالها أو وجد من لا يوثق بقوله : لم يرجح أحدهما بذكر علامة فى جسده لأن ذلك لا يرجح به فى سائر الدعاوى سوى الالتقاط فى المال واللقيط . ويضيع نسبه . هذا قول أبى بكر وقد أومأ إليه أحمد رحمه الله فى رجلين وقعا على امرأة فى طهر واحد إلى أن الابن يخير أيهما أحب وهو قول أبى عبدالله بن حامد قال يترك حتى يبلغ فينتسب إلى من أحب منهما وهو قول الشافعى الجديد . وقال فى القديم حتى يميز لقول عمر : وال أيهما شئت ، ولأن الإنسان يميل بطبعه إلى قريبه دون غيره ، ولأنه مجهول نسبه أقر به من هو من أهل الاقرار وصدقه المقر له فيثبت نسبه كما لو انفرد . وقال أصحاب الرأى يلحق بالمدعيين بمجرد الدعوى لأن كل واحد منهما لو انفرد سمعت دعواه فإذا اجتمعا وأمكن بهما وجب كما لو أقر له بمال .

ولنا ان دعواهما تعارضتا ولا حجة لواحد منهما فلم تثبت كما لو ادعيا رقه ، وقولهم يميل بطبعه الى قرابته ، قلنا انما يميل الى قرابته بعد معرفته بأنها قرابته فالمعرفة بذلك سبب الميل ولا سبب قبله ، ولو ثبت أنه يميل الى قرابته لكنه قد يميل الى من أحسن اليه فان القلوب جبلت على حب من أحسن اليها وبغض من أساء اليها وقد يميل اليه لإساءة الآخر اليه وقد يميل الى أحسنهما خلقا أو أعظمهما قدراً أو جاها أو مالا فلا يبقى للميل أثر فى الدلالة على النسب ، وقولهم انه صدق المقر بنسبه ، قلنا لا يحل له تصديقه فإن النبي (ص) لعن من ادعى الى غير أبيه او تولى غير مواليه وهذا لا يعلم انه ابوه فلا يأمن ان يكون ملعونا بتصديقه ، ويفارق ما اذا انفرد

فإن المنفرد ثبت النسب بقوله من غير تصديق ، وأما قول عمر « وال من شئت » فلم يثبت ولو ثبت لم يكن فيه حجه فإنه انما أمره بالموالاة لا بالانتساب : وعلى قول من جعل له الانتساب الى أحدهما لو انتسب الى احدهما ثم عاد وانتسب الى الاخر ونفى نسبه من الأول أو لم ينتسب الى واحد لم يقبل منه لأنه قد ثبت نسبه فلا يقبل رجوعه عنه كما لو ادعى منفرد نسبه ثم أنكره ، ويفارق الصبي الذي يخير بين أبويه فيختار أحدهما ثم يرد الاخر اذا اختاره فإنه لا حكم لقول الصبي وانما تبع اختياره وشهوته فأشبه ما لو اشتهى طعاما في يوم ثم اشتهى غيره في يوم آخر ، وان قامت للآخر بنسبه بينة عمل بها وبطل انتسابه لأنها تبطل قول القافة الذي هو مقدم على الانتساب فلأن تبطل الانتساب أولى ، وان وجدت قافة بعد انتسابه فألحقته بغير من انتسب اليه بطل انتسابه أيضا لأنه أقوى فبطل به الانتساب كالبينة مع قول القافة .

(فصل) وان ادعت امرأتان نسب ولد فذلك مبني على قبول دعوتهما ، فإن كانتا ممن لا تقبل دعوتهما لم تسمع دعوتهما . وان كانت احداهما ممن تسمع دعوتها دون الأخرى فهو ابن لها كالمنفردة به ، وان كانتا جميعا ممن تسمع دعوتهما فهما في اثباته بالبينة أو كونه يرى القافة مع عدمها كالرجلين . قال أحمد في رواية بكر بن محمد في يهودية ومسلمة ولدتا فادعت اليهودية ولد المسلمة فتوقف ، فقيل يرى القافة ؟ فقال ما أحسنه ، ولأن الشبه يوجد بينها وبين ابنها كوجوده بين الرجل وابنه بل أكثر لاختصاصها بحمله وتغذيته . والكافرة والمسلمة والحرة والأمة في الدعوى واحدة كما قلنا في الرجل . وهذا قول أصحاب الشافعي على الوجه الذي يقولون فيه بقبول دعوتهما ، وان ألحقته القافة بأمين لم يلحق بهما وبطل قول القافة لأننا نعلم خطأه يقينا . وقال أصحاب الرأي : يلحق بهما بمجرد الدعوى لأن الام أحد الابوين لجاز أن يلحق باثنين كالآباء .

ولنا أن كونه منهما محال يقينا فلم يجز الحكم به كما لو كان أكبر منهما أو مثلهما وفارق الرجلين فان كونه منهما ممكن فانه يجوز اجتماع النطفتين لرجلين في رحم امرأة فيمكن أن يخلق منهما ولد كما يخلق من نطفة الرجل والمرأة ولذلك قال القائف لعمر « قد اشتركا فيه » ولا يلزم من الحاقه بمن يتصور كونه منه الحاقه بمن يستحيل كونه منه كما لم يلزم من الحاقه بمن يولد مثله لمثله الحاقه بأصغر منه .

(فصـل) فإن ادعى نسبه رجل وامرأة فلا تنافى بينهما، لأنه يمكن أن يكون منهما بنكاح كان بينهما أو وطء شبهة فيلحق بهما جميعاً ويكون ابنهما بمجرد دعواهما، كما لو انفرد كل واحد منهما بالدعوى. وإن قال الرجل: هذا ابنى من زوجتى، وادعت زوجته ذلك وادعته امرأة أخرى فهو ابن الرجل، وهل ترجح زوجته على الأخرى؟ يحتمل وجهين

أحدهما ترجح لأن زوجها أبوه، فالظاهر أنها أمه، ويحتمل أن يتساويا لأن كل واحدة منهما لو انفردت لألحق بها: فإذا اجتمعتا تساويتا

(فصـل) وإن ولدت امرأتان ابنا وبنتاً، فادعت كل واحدة منهما أن الابن ولدها دون البنت، احتمل وجهين

أحدهما أن ترى المرأتين القافة مع الولدين، فيلحق كل واحد منهما بمن ألحقته به كما لو لم يكن لهما ولد آخر

والثانى أن نعرض لبنيهما على أهل الطب والمعرفة، فإن لبن الذكر يخالف لبن الأنثى فى طبعه وزنته. وقد قيل لبن الابن ثقيل ولبن البنت خفيف فيعتبران بطباعها ووزنهما وما يختلفان به عند أهل المعرفة، فمن كان لبنها لبن الابن فهو ولدها والبنت للأخرى، فإن لم يوجد قافة اعتبرنا اللبن خاصة، وان تنازعا أحد الولدين وهما جميعا ذكران أو اثنيان عرضوا على القافة كما ذكرنا فيما تقدم

﴿ فصـــل ﴾

ولو ادعى اللقيط رجلان، فقال أحدهما هو ابنى وقال الاخر هو ابنى: نظرنا فإن كان إبناً فهو لمدعيه: وان كانت بنتا فهى لمدعيها، لأن كل واحد منهما لا يستحق غير ما ادعاه. وان كان خنثى مشكلا أرى القافة معهما، لأنه ليس قول واحد منهما أولى من الاخر، وإن أقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه فالحكم فيهما كالحكم فيما لو انفرد كل واحد منهما بالدعوى، لأن بينة الكاذب منهما كاذبة، وجودها كعدمها، والأخرى صادقة فيتعين الحكم بها

(فصـل) وإذا وطىء رجلان امرأة فى طهر واحد وطئا يلحق النسب بمثله فأتت بولد يمكن أن يكون منهما، مثل أن يطآ جارية مشتركة بينهما فى طهر،

أو يطأ رجل امرأة آخر أو أمته بشبهة فى الطهر الذى وطئها زوجها أو سيدها فيه بأن يجدها على فراشه فيظنها زوجته أو أمته ، أو يدعو زوجته فى ظلمة فتجيبه زوجة آخر أو جاريته ، أو يتزوجها كل واحد منهما تزويجا فاسداً : أو يكون نكاح أحدهما صحيحا والآخر فاسداً ، مثل أن يطلق رجل امرأته فنكحها آخر فى عدتها ووطئها ، أو يبيع جارية فيطؤها المشترى قبل استبرائها وتأتى بولد يمكن أن يكون منهما ، فإنه يرى القافة معهما . فبأيهما ألحقوه لحق ، والخلاف فيه كالخلاف فى اللقيط

(فصـــل)

واذا ادعى رق اللقيط مدع سمعت دعواه لأنها ممكنة ، وإن كانت مخالفة لظاهر الدار ، فإن لم تكن له بينة فلا شيء له ، لأنها دعوى تخالف الظاهر وتخالف دعوى النسب من وجهين

أحدهما أن دعوى النسب لا تخالف الظاهر ودعوى الرق مخالفة له

والثانى أن دعوى النسب تثبت بها حقا للقيط ودعوى الرق تثبت حقا عليه فلم تقبل بمجردها ، كما لو ادعى رق غير اللقيط ، فإذا لم تكن له بينة سقطت الدعوى . وان كانت له بينة لم تخل إما أن تشهد باليد أو بالملك أو بالولادة ، فإن شهدت بالملك أو باليد لم تقبل فيه إلا شهادة رجلين ، أو رجل وامرأتين ، وان شهدت بالولادة قبل فيه امرأة واحدة أو رجل واحـــد ، لأنه مما لا يطلع عليه الرجال ، ثم ننظر فإن شهدت البينة باليد ، فإن كانت للملتقط لم يثبت بها ملك لأننا عرفنا سبب يده ، فإن كانت لأجنبي حكم له باليد والقول قوله مع يمينه فى الملك ، وان شهدت بالملك فقالت : نشهد أنه عبده أو مملوكه حكم بها ، وان لم تذكر سبب الملك . كما لو شهدت بملك دار أو ثوب ، فان شهدت بأن أمته ولدته فى ملكه حكم له به لان أمته لا تلد فى ملكه الا ملكه

وان شهدت أنه ابن أمته أو أن أمته ولدته ولم تقل فى ملكه احتمل أن يثبت له الملك بذلك كقولها فى ملكه لان أمته ملكه فنماؤها ملكه كسمنها ، واحتمل أن لا يثبت الملك لانه يجوز أن تلده قبل ملكه لها فلا تكون له وهو ابن أمته .

(فصـل) وان ادعى رق اللقيط بعد بلوغه مدع كلف إجابته فان أنكر

ولا بينة للمدعى لم تقبل دعواه وان كانت له بينة حكم له بها ، فان كان اللقيط قد تصرف قبل ذلك ببيع أو شراء نقضت تصرفاته . لانه بان أنه تصرف بغير إذن سيده ، وإن لم تكن بينة فأقر بالرق نظرنا فإن كان اعترف لنفسه بالحريه قبل ذلك لم يقبل إقراره بالرق لانه اعترف بالحرية وهي حق لله تعالى فلا يقبل رجوعه فى إبطاله ، وإن لم يكن اعترف بالحرية احتمل وجهين

أحدهما يقبل ، وهو قول أصحاب الرأى لأنه مجهول الحال أقر بالرق فيقبل كما لو قدم رجلان من دار الحرب فأقر أحدهما للآخر بالرق ، كما لو أقر بقصاص أو حد فإنه يقبل وان تضمن ذلك فوات نفسه . ويحتمل أن لا يقبل وهو الصحيح لانه يبطل به حق الله تعالى فى الحرية المحكوم بها فلم يصح كما لو أقر قبل ذلك بالحرية ولأنه محكوم بحريته فلم يقبل إقراره بالرق كما ذكرنا ، ولأن الطفل المنبوذ لا يعلم رق نفسه ولا حريتها ولم يتجدد له حال يعرف به رق نفسه . لانه فى تلك الحال ممن لا يعقل ولم يتجدد له رق بعد التقاطه فكان إقراره باطلا . وهذا قول القاسم وابن المنذر . وللشافعي وجهان كما ذكرنا

فإن قلنا يقبل إقراره صارت أحكامه أحكام العبيد فيما عليه دون ماله ، وبهذا قال أبو حنيفة والمزنى . وهو أحد قولى الشافعي لانه أقر بما يوجب حقا له وحقا عليه ، فوجب أن يثبت ما عليه دون ماله ، كما لو قال لفلان علىّ ألف درهم ولى عنده رهن . ويحتمل أن يقبل إقراره فى الجميع . وهو القول الثانى للشافعي لانه ثبت ما عليه فيثبت ماله كالبينة . ولان هذه الاحكام تبع للرق ، فإذا ثبت الاصل بقوله ثبت التبع ، كما لو شهدت امرأة بالولادة تثبت ويثبت النسب تبعاً لها . وأما إن أقر بالرق ابتداء لرجل فصدقه فهو كما لو أقر به جوابا ، وان كذبه بطل إقراره . ثم ان أقر به بعد ذلك لرجل آخر جاز . وقال بعض أصحابنا : يتوجه أن لا يسمع إقراره الثانى ، لأن إقراره الاول تضمن الاعتراف بنفى مالك له سوى هذا المقر ، فإذا بطل اقراره برد المقر له بقى الاعتراف بنفى مالك له غيره ، فلم يقبل اقراره بما نفاه ، كما لو أقر بالحرية ثم أقر بعد ذلك بالرق

ولنا أنه اقرار لم يقبله المقر له فلم يمنع اقراره ثانيا ، كما لو أقر له بثوب ثم أقر به لآخر بعد رد الاول ، وفارق الإقرار بالحرية فإن اقراره بها لم يبطل ولم يرد .

فصل

إذا قبلنا إقراره بالرق بعد نكاحه لم يخل من أن يكون ذكراً أو أنثى ، فإن كان ذكراً فإن كان قبل الدخول فسد نكاحه فى حقه لأنه مقر أنه عبد تزوج بغير إذن سيده ، ولها عليه نصف المهر ، لأنه حق عليه فلم يسقط بقوله ، وان كان بعد الدخول فسد نكاحه أيضا ولها عليه المهر جميعه لما ذكرنا ، لأن الزوج يملك الطلاق فإذا أقر بما يوجب الفرقة لزمته وولده حر تابع لأمه ، وان كان متزوجا بأمة فولده لسيدها ويتعلق المهر برقبته ، لأن ذلك من جناياته ويفديه سيده أو يسلمه وان كان فى يده كسب استوفى المهر منه لأنه لم يثبت إقراره به لسيده بالنسبة إلى إمرأته ، فلا ينقطع حقها منه بإقراره .

وان قلنا يقبل قوله فى جميع الأحكام فالنكاح فاسد لكونه تزوج بغير إذن سيده ويفرق بينهما ولا مهر لها عليه إن لم تكن مدخولا بها ، وان كان دخل بها فلها عليه المهر المسمى جميعه فى إحدى الروايتين والأخرى خمساه ، وان كان اللقيط أنثى فالنكاح صحيح فى حقه : وان كان قبل الدخول فلا مهر لها لاقرارها بفساد نكاحها وأنها أمة تزوجت بغير إذن سيدها والنكاح الفاسد لا يجب المهر فيه إلا بالدخول ، وان كان دخل بها لم يسقط مهرها ولسيدها الأقل من المسمى أو مهر المثل ، لأن المسمى ان كان أقل فالزوج ينكر وجوب الزيادة عليه وقولها غير مقبول فى حقه ، وان كان الأقل مهر المثل فهى وسيدها يقران بفساد النكاح وأن الواجب مهر المثل فلا يجب أكثر منه الا على الرواية التى يجب فيها المسمى فى النكاح الفاسد : فيجب ههنا المسمى قل أو كثر لاعتراف الزوج بوجوبه ، وأما الاولاد فأحرار ولا تجب قيمتهم ، لانه لو وجب لوجب بقولها ، ولا يجب بقولها حق على غيرها ، ولا يثبت الرق فى حق أولادها بإقرارها ، فأما بقاء النكاح فيقال للزوج قد ثبت أنها أمة ولدها رقيق لسيدها ، فان اخترت المقام على ذلك فأقم وان شئت ففارقها : وسواء كان ممن يجوز له نكاح الاماء أو لم يكن لأنا لو اعتبرنا ذلك وأفسدنا نكاحه لكان افساداً للعقد جميعه بقولها ، لأن شروط نكاح الامة لا تعتبر فى استدامة العقد ، انما تعتبر فى ابتدائه .

فان قيل : فقد قبلتم قولها فى أنها أمة فى المستقبل وفيه ضرر على الزوج ؟

قلنا لم يقبل قولها فى ايجاب حق لم يدخل فى العقد عليه : فأما الحكم فى المستقبل فيمكن ايفاء حقه وحق من ثبت له الرق عليها بأن يطلقها فلا يلزمه مالم يدخل عليه أو يقم على نكاحها فلا يسقط حق سيدها ؛ فان طلقها اعتدت عدة الحرة لأن عدة الطلاق حق للزوج ، بدليل أنها لا تجب الا بالدخول وسببها النكاح السابق ، فلا يقبل قولها فى تنقيصها . وان مات اعتدت عدة الامة : لأن المغلب فيها حق الله تعالى بدليل وجوبها قبل الدخول فقبل قولها فيها ، ومن قال بقبول قولها فى جميع الأحكام ، فهذه أمة قد تزوجت بغير اذن سيدها فنكاحها فاسد ويفرق بينهما ، وان كان قبل الدخول فلا مهر لها وان كان دخل بها وجب لها مهر أمة نكحت بغير اذن سيدها على ما ذكر فى موضعه . وهل ذلك مهر المثل أو المسمى ؟ فيه روايتان ، وتعتد حيضتين لانه وطء فى نكاح فاسد وأولاده أحرار لاعتقاده حريتها ، فانه مغرور بحريتها وعليه قيمتهم يوم الوضع ، وان مات عنها لم تجب عدة الوفاة .

(فصل)

وان كان قد تصرف ببيع أو شراء فتصرفه صحيح وما عليه من الحقوق والأثمان يؤدى مما فى يديه وما فضل عليه ففى ذمته ، لان معامله لا يعترف برقه ، ومن قال بقبول اقراره فى جميع الأحكام قال بفساد عقوده كلها وأوجب رد الاعيان الى أربابها ان كانت باقية، وان كانت تالفة وجبت قيمتها فى رقبته ان قلنا انما استدان العبد بغير اذن سيده فهو فى رقبته ، وان قلنا بأن استدانة العبد فى ذمته فهذا كذلك ويتبع به بعد العتق لانه ثبت رضى صاحبه .

(فصل) وان كان قد جنى جناية موجبة للقصاص فعليه القود حراً كان المجنى عليه أو عبدا لأن اقراره بالرق يقتضى وجوب القود عليه فيما اذا كان المجنى عليه عبدا أو حرا فقبل اقراره فيه . وان كانت الجناية خطأ تعلق أرشها برقبته لأن ذلك مضر به ، فان كان أرشها أكثر من قيمته وكان فى يده مال استوفى منه : وان كان مما تحمله العاقلة لم يقبل قوله فى اسقاط الزيادة ، لان ذلك يضر بالمجنى عليه فلا يقبل قوله فيه .

وقيل تجب الزيادة فى بيت المال لان ذلك كان واجبا للمجنى عليه فلا يقبل

قوله فى اسقاطه ، وان جنى عليه جناية موجبة للقود وكان الجانى حرا سقط لأن الحر لا يقاد منه للعبد وقد أقر المجنى عليه بما يسقط القصاص : وان كانت موجبة لمال يقبل بالرق وجب أقل الامرين وان كان مساويا للواجب قبل الاقرار وجب ويدفع الواجب الى سيده ، وان كان الواجب يكثر لكون قيمته عبدا أكثر من ديته حرا لم يجب الا أرش الجناية على الحر، ومن قبل قوله فى الاحكام كلها أوجب أرش الجناية على العبد ، وان كان الأرش تحمله العاقلة اذا كان حرا سقط عن العاقلة ولم يجب على الجانى ، لان اقراره بالرق يتضمن اقراره بالسقوط عن العاقلة ولم يقبل فى ايجابه على الجانى فسقط : وقيل لا يتحول عن العاقلة ، ومن قال لا يقبل اقراره فى الأحكام كلها أوجب الأرش على الجانى .

كتاب الوصايا

الوصايا جمع وصية ، مثل العطايا جمع عطية ، والوصية بالمال هى التبرع به بعد الموت ، والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع .

أما الكتاب فقول الله سبحانه وتعالى (كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية) وقال الله تعالى (من بعد وصية يوصى بها أو دين) .

وأما السنة فروى سعد بن أبى وقاص قال : جاءنى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودنى عام حجة الوداع من وجع اشتد بى فقلت يا رسول الله قد بلغ بى من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثنى الا ابنة أفأتصدق بثلثى مالى ؟ قال « لا » قلت فبالشطر يا رسول الله ؟ قال « لا » قلت فالثلث ؟ قال « الثلث والثلث كثير انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » .

وعن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ما حق امرىء مسلم له شيء يوصى به يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده » متفق عليهما ، وروى أبو امامة قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « ان الله قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث » رواه سعيد وأبو داود والترمذى ، وقال حديث حسن صحيح ، وعن على رضى الله عنه قال « انكم تقرؤن هذه الآية (من بعد

وصية يوصى بها أو دين . وأن النبي صلى الله عليه وسلم قضى أن الدين قبل الوصية ، ورواه الترمذي ، وأجمع العلماء في جميع الامصار والاعصار على جواز الوصية .

(فصـــل) ولا تجب الوصيه الا على من عليه دين أو عنده وديعة أو عليه واجب يوصى بالخروج منه ، فإن الله تعالى فرض أداء الامانات ، وطريقه في هذا الباب الوصية فتكون مفروضة عليه ؛ فأما الوصية بجزء من ماله فليست بواجبة على أحد في قول الجمهور . وبذلك قال الشعبي والنخعي والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم .

وقال ابن عبد البر : أجمعوا على أن الوصيه غير واجبه الا على من عليه حقوق بغير بينة وأمانة بغير اشهاد الا طائفة شذت فأوجبتها . روى عن الزهري أنه قال : جعل الله الوصيه حقا مما قل أو كثر ، وقيل لأبي مجلز : على كل ميت وصيه ؟ قال ان ترك خيراً . وقال ابو بكر عبد العزيز : هي واجبة للأقربين الذين لا يرثون ، وهو قول داود . وحكى ذلك عن مسروق وطاوس واياس وقتادة وابن جرير ، واحتجوا بالآية وخبر ابن عمر وقالوا: نسخت الوصية للوالدين والاقربين الوارثين وبقيت فيمن لا يرث من الاقربين

ولنا أن أكثر أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لم ينقل عنهم وصية ولم ينقل لذلك نكير ، ولو كانت واجبة لم يخلوا بذلك ولنقل عنهم نقلا ظاهراً ؛ ولأنها عطية لا تجب في الحياة فلا تجب بعد الموت كعطية الاجانب : فأما الآيه فقال ابن عباس نسخها قوله سبحانه (للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون) وقال ابن عمر : نسختها آية الميراث ، وبه قال عكرمة ومجاهد ومالك والشافعي : وذهب طائفة ممن يرى نسخ القرآن بالسنة الى أنها نسخت بقول النبي صلى الله عليه وسلم « ان الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث » وحديث ابن عمر محمول على من عليه واجب أو عنده وديعة

فصـــل

وتستحب الوصية بجزء من المال لمن ترك خيراً ، لأن الله تعالى قال (كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيراً الوصيه) فنسخ الوجوب وبقي الاستحباب في حق من لا يرث ، وقد روى عن ابن عمر قال : قال رسول الله

صلى الله عليه وسلم « يا ابن آدم جعلت لك نصيبا من مالك حين أخذت بكظمك لأطهرك وأزكيك »

وعن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم » رواهما ابن ماجه . وقال الشعبي : من أوصى بوصية فلم يجر ولم يحف كان له من الاجر مثل ما لو أعطاها . وهو صحيح ، وأما الفقير الذي له ورثه محتاجون فلا يستحب له أن يوصى ، لأن الله تعالى قال في الوصيه (ان ترك خيراً) وقال النبي صلى الله عليه وسلم لسعد « انك ان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » وقال « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » وقال علي رضى الله عنه لرجل أراد أن يوصى : انك لن تدع طائلا انما تركت شيئا يسيراً فدعه لورثتك : وعنه أربعمائة دينار ليس فيها فضل عن الورثه . وروى عن عائشه رضى الله عنها أن رجلا قال لها « لى ثلاثة آلاف درهم وأربعة أولاد أفأوصى ؟ فقالت : اجعل الثلاثة للأربعه »

وعن ابن عباس قال : من ترك سبعمائة درهم ليس عليه وصيه . وقال عروة : دخل على على صديق له يعوده ، فقال الرجل : انى أريد أن أوصى ؟ فقال له : ان الله تعالى يقول (ان ترك خيراً) وانك انما تدع شيئا يسيراً فدعه لورثتك . واختلف أهل العلم في القدر الذى لا تستحب له المالكه ، فروى عن احمد اذا ترك دون الالف لا تستحب الوصيه . وعن على أربعمائة دينار . وقال ابن عباس : اذا ترك الميت سبعمائة درهم فلا يوصى . وقال : من ترك ستين ديناراً ما ترك خيراً . وقال طاوس : الخير ثمانون ديناراً . وقال النخعي : ألف وخمسمائة . وقال أبو حنيفه . القليل أن يصيب أقل الورثه سهما خمسون درهما ، والذى يقوى عندى انه متى كان المتروك لا يفضل عن غنى الورثه فلا تستحب الوصيه ، لان النبي صلى الله عليه وسلم علل المنع من الوصيه بقوله « ان تترك ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة » ولان اعطاء القريب المحتاج خير من اعطاء الاجنبي ، فمتى لم يبلغ الميراث غناهم كان تركه لهم كعطيتهم اياه فيكون ذلك أفضل من الوصيه به لغيرهم ، فعند هذا يختلف الحال باختلاف الورثه في كثرتهم وقلتهم

وغناهم وحاجتهم ، فلا يتقيد بقدر من المال والله أعلم ، وقد قال الشعبي : ما من مال أعظم أجراً من مال يتركه الرجل لولده يغنيهم به عن الناس

(فصل) والاولى أن لا يستوعب الثلث بالوصيه وان كان غنيا ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « والثلث كثير » قال ابن عباس : لو أن الناس غضوا من الثلث فان النبي صلى الله عليه وسلم قال « الثلث كثير » متفق عليه . وقال القاضي وأبو الخطاب : ان كان غنيا استحب الوصية بالثلث

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لسعد « والثلث كثير » مع اخباره اياه بكثرة ماله وقلة عياله ، فانه قال في الحديث : ان لي مالا كثيراً ولا يرثني الا ابنتي وروى سعيد بن خالد ثنا بن عبد الله حدثنا عطاء بن السائب عن أبي عبد الرحمن السلمي عن سعد بن مالك قال : مرضت مرضا فعادني رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لي « أوصيت ؟ » فقلت : نعم . أوصيت بمالي كله للفقراء وفي سبيل الله . فقال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم « أوص بالعشر » فقلت يارسول الله إن مالي كثير وورثتي أغنياء : فلم يزل رسول الله صلى الله عليه وسلم يناقصني وأناقصه حتى قال « أوص بالثلث والثلث كثير » وقال أبو عبد الرحمن لم يكن أحد منا يبلغ في وصيته الثلث حتى ينقص منه شيئاً لقول النبي (ص) « الثلث والثلث كثير »

اذا ثبت هذا : فالأفضل للغني الوصية بالخمس ، ونحو هذا يروى عن أبي بكر الصديق وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما ، وهو ظاهر قول السلف وعلماء أهل البصرة ، ويروى عن عمر رضي الله عنه أنه جاءه شيخ فقال: ياأمير المؤمنين : أنا شيخ كبير ومالي كثير ويرثني أعراب موالي كلالة منزوح نسبهم أفأوصي بمالي كله ؟ قال : لا . قال : فلم يزل يحط حتى بلغ العشر .

وقال اسحاق : السنة الربع الا أن يكون رجلا يعرف في ماله حرمة شبهات أو غيرها فله استيعاب الثلث .

ولنا أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه أوصى بالخمس وقال : رضيت بما رضي الله به لنفسه ، يعني قوله تعالى (واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه) وروى أن أبا بكر وعلياً رضي الله عنهما أوصيا بالخمس ، وعن علي رضي الله عنه أنه قال : لان أوصي بالخمس أحب الي من الربع . وعن ابراهيم قال : كانوا يقولون

صاحب الربع أفضل من صاحب الثلث وصاحب الخمس أفضل من صاحب الربع وعن الشعبي قال . كان الخمس أحب اليهم من الثلث فهو منتهى الجامع ، وعن العلاء ابن زياد قال : أوصى أبي أن أسأل العلماء أى الوصية أعدل فما تتابعوا عليه فهو وصيته ؟ فتتابعوا على الخمس .

﴿ فصــــل ﴾

والأفضل أن يجعل وصيته لاقاربه الذين لا يرثون اذا كانوا فقراء فى قول عامة أهل العلم ، قال ابن عبد البر لا خلاف بين العلماء ، علمت فى ذلك إذا كانوا ذوى حاجة، وذلك لان الله تعالى كتب الوصية للوالدين والاقربين فخرج منه الوارثون بقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا وصية لوارث » وبقى سائر الاقارب لهم وأقل ذلك الاستحباب . وقد قال الله تعالى (وآت ذا القربى حقه) وقال تعالى (وآتى المال على حبه ذوى القربى) فبدأ بهم ولان الصدقة عليهم فى الحياة أفضل فكذلك بعد الموت فإن أوصى لغيرهم وتركهم صحت وصيته فى قول أكثر أهل العلم ، منهم سالم وسليمان بن يسار وعطاء ومالك والثورى والأوزاعى والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى .

وحكى عن طاوس والضحاك وعبد الملك بن يعلى أنهم قالوا : ينزع عنهم ويرد الى قرابته . وعن سعيد بن المسيب والحسن وجابر بن زيد : للذى أوصى له ثلث الثلث والباقى يرد الى قرابة الموصى لأنه لو أوصى بماله كله لجاز منه الثلث والباقى رد على الورثة وأقاربه الذين لا يرثونه فى استحقاق الوصية كالورثة فى استحقاق المال كله . ولنا ما روى عمران بن حصين أن رجلا أعتق فى مرضه ستة أعبد لم يكن له مال غيرهم فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فدعاهم فجزأهم ثلاثة أجزاء ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة ، فأجاز العتق فى ثلثه لغير قرابته ولأنها عطية فجازت لغير قرابته كالعطية فى الحياة .

« مسألة » قال ﴿ ولا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة ذلك ﴾

وجملة ذلك أن الانسان اذا وصى لوارثه بوصية فلم يجزها سائر الورثة لم تصح بغير خـــلاف بين العلماء ، قال ابن المنذر وابن عبد البر أجمع أهل العلم على هذا

وجاءت الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك ، فروى أبو أمامة قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « إن الله قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث » رواه أبو داود وابن ماجه والترمذى ، ولان النبي (ص) منع من عطية بعض ولده وتفضيل بعضهم على بعض فى حال الصحة وقوة الملك وامكان تلافى العدل بينهم باعطاء الذى لم يعطه فيما بعد ذلك لما فيه من إيقاع العداوة والحسد بينهم ففى حال موته أو مرضه وضعف ملكه وتعلق الحقوق به وتعذر تلافى العدل بينهم أولى وأحرى : وان أجازها جازت فى قول الجمهور من العلماء .

وقال بعض أصحابنا : الوصية باطلة . وان أجازها سائر الورثه إلا أن يعطوه عطية مبتدأة أخذاً من ظاهر قول أحمد فى روايه حنبل : لا وصيه لوارث ، وهذا قول المزنى وأهل الظاهر وهو قول للشافعى ، واحتجوا بظاهر قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا وصية لوارث » وظاهر مذهب أحمد والشافعى أن الوصيه صحيحه فى نفسها ، وهو قول جمهور العلماء لانه تصرف صدر من أهله فى محله فصح كما لو وصى لاجنبي والخبر قد روى فيه « إلا أن يجيز الورثه » والاستثناء من النفى إثبات فيكون ذلك دليلا على صحة الوصيه عند الاجازة ، ولو خلا من الاستثناء كان معناه لا وصيه نافذة او لازمه او ما اشبه هذا او يقدر فيه لا وصيه لوارث عند عدم الاجازة من غيره من الورثه .

وفائدة الخلاف ان الوصيه إذا كانت صحيحة فاجازة الورثه تنفيذ وإجازة محضه يكفى فيها قول الوارث اجزت او امضيت او نفذت ، فإذا قال ذلك لزمت الوصيه ، وإن كانت باطلة كانت الاجازة هبه مبتدأة تفتقر إلى شروط الهبه من اللفظ والقبول والقبض كالهبه المبتدأة ، ولو رجع المجيز قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض صح رجوعه .

(فصل) وان اسقط عن وارثه دينا او اوصى بقضاء دينه او اسقطت المرأة صداقها عن زوجها او عفى عن جنايه موجبها المال فهو كالوصيه ، وان عفى عن القصاص وقلنا الواجب القصاص عينا سقط الى غير بدل ، وان قلنا : الواجب أحد شيئين سقط القصاص ووجب المال ، وان عفى عن حد القذف

سقط مطلقا ، وإن وصى لغريم وارثه صحت الوصية وكذلك إن وهب له وبهذا قال الشافعي وأبو حنيفة ، وقال أبو يوسف : هو وصية للوارث لأن الوارث ينتفع بهذه الوصية وتستوفى ديونه منها .

ولنا أنه وصى لأجنبي فصح كما لو وصى لمن عادته الاحسان إلى وارثه ، وإن وصى لولد وارثه صح فإن كان يقصد بذلك نفع الوارث لم يجز فيما بينه وبين الله تعالى قال طاوس فى قوله عز وجل (فمن خاف من موص جنفا أو إثما) قال : أن يوصى لولد ابنته وهو يريد ابنته ، رواه سعيد ، قال ابن عباس الجنف فى الوصية والاضرار فيها من الكبائر .

(فصل) وإن وصى لكل وارث بمعين من ماله بقدر نصيبه كرجل خلف ابناً وبنتا وعبداً قيمته مائة وجارية قيمتها خمسون فوصى لابنه بعبده ولابنته بأمته احتمل أن تصح الوصية لأن حق الوارث فى القدر لا فى العين بدليل ما لو عاوض المريض بعض ورثته أو أجنبيا بجميع ماله صح إذا كان ذلك بثمن المثل ، وإن تضمن فوات عين المال احتمل أن تقف على الاجازة لأن فى الأعيان غرضا صحيحا وكما لا يجوز إبطال حق الوارث فى قدر حقه لا يجوز من عينه .

(فصل) وإذا ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض عتق وورث وبهذا قال مالك وبعض أصحاب الشافعي وحكاه الخبرى مذهبا للشافعي ولا خلاف بين هؤلاء فى انه إذا ملكه بالميراث انه يعتق ويرث ، وقال أبو حنيفة : ان حمله الثلث عتق وورث والا سعى فيما بقى عليه ولم يرث ولم يفرق بين ان يملكه بعوض او غيره ، وقال ابو يوسف ومحمد يحتسب ميراثهم من قيمتهم فإن فضل شيء أخذه وان فضل عليهم شيء سعوا فيه .

ولنا أن المريض لم يضع فيهم شيئا من ماله وانما تعاطى سبب ملكهم على وجه لم يستقر وزال بغير ازالته فلم يحتسب عليه من ثلثه ، كما لو اتهب شيئا فرجع الواهب فيه قبل قبضه ، أو اشترى شيئا فيه غبطة بشرط الخيار ففسخ البائع او وجد بالثمن عيبا ففسخ البيع او تزوجت المرأة فطلقت قبل الدخول ، وإذا لم تكن وصية لم تحتسب عليه من الثلث لم يمنع الميراث كما لو ملكه بالميراث عند من سلمه ، أو كما لو

كان ذلك فى صحته ، فإن ملكه بعوض كالشراء لحكى الخبرى عن أحمد أنه يعتق ويرث ، وهذا قول ابن الماجشون وأهل البصرة .

وقال القاضى فى المجرد : ان ملكه بعوض وخرج من الثلث عتق وورث والا عتق منه بقدر الثلث ، وهذا قول مالك ، وقال الخبرى وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، وحكى غيره عن الشافعى أنه لا فرق عنده بين أن يملكه بعوض أو غيره ، وأنه ان خرج من الثلث عتق والا عتق منه بقدر الثلث ، ولا يرث فى الحالين لأنه لو ورث لكان اعتاقه وصية لوارث فيبطل عتقه ويبطل ميراثه لبطلان عتقه فيؤدى توريثه الى ابطال توريثه ، فصححنا عتقه ولم نورثه لئلا يفضى الى ذلك ، ومذهب أبى حنيفة وصاحبيه فى هذا كمذهبهم فيما اذا ملكه بغير عوض .

ولنا على اعتاقه قول النبى صلى الله عليه وسلم « من ملك ذا رحم محرم فهو حر » ولأنه ملك وجد معه ما ينافيه فبطل كملك النكاح مع ملك الرقبة أعنى فيما اذا اشترى أحد الزوجين صاحبه ، واذا أعتق ورث لأنه وجد سبب الميراث عريا عن الموانع فورث كما لو ورثه .

وقولهم ان عتقه وصية لا يصح لأن الوصية فعله ، والعتق ههنا يحصل من غير اختياره ولا ارادته ؛ ولأن رقبة المعتق لا تحصل له وانما تتلف ماليته وتزول فيصير ذلك كتلفه بقتل بعض رقيقه ، أو كإتلاف بعض ماله فى بناء مسجد ، مثال ذلك مريض وهب له ابنه فقبله وقيمته مائة ، ثم مات المريض وخلف ابنا آخر ومائتين فإنه يعتق ويقاسم أخاه المائتين فى قول الأكثرين ، وعند الشافعى فيما حكى عنه غير الخبرى يعتق ولا يرث شيئا ، وعند صاحبى أبى حنيفة يعتق وله نصف التركة يحتسب عليه بقيمته ويبقى له خمسون ، وان كان باقى التركة خمسين فعندنا يعتق وله نصف الخمسين وهو قول مالك ، وعند أبى حنيفة يعتق نصفه ويسعى فى باقيه والخمسون كلها لأخيه ، وقال صاحباه : تعتق ثلاثة أرباعه ، وعند الشافعى فى قول غير الخبرى يعتق نصفه ويرق نصفه . ونصفه الرقيق والخمسون كلها لأخيه

وان كان باقى التركة ثلاثمائة فعندنا يعتق وله مائة وخمسون ، وعند الشافعى يعتق ولا يرث شيئا ، وعند صاحبى أبى حنيفة يعتق وله مائة ، فإن كان اشترى ابنه بمائة ومات وخلف ابنا آخر ومائة أخرى فعلى الرواية الأولى يعتق ويقاسم

أخاه المائة الباقية ، وعلى ما حكاه القاضي يعتق منه ثلثاه ويرث أربعين ويعتق باقيه على أخيه ولا يرث بذلك الجزء شيئا لأن عتقه حصل بعد موت أبيه ، وعند الشافعي يعتق ثلثاه ولا يرث .

وقال أبو حنيفة : يعتق ثلثاه ويسعى في باقيه ولا يرث ، وعند صاحبيه يعتق كله ولا يرث شيئا فإن كان قد تصدق قبل ذلك بثلثه أو حابا به لم يعتق لأن الثلث قد ذهب .

(فصل) وإن ملك من ورثته من لا يعتق عليه كبني عمه فأعتقهم في مرضه فعتقهم وصية لأنه حصل بفعله واختياره وحكمهم في العتق حكم الأجانب إن خرجوا من الثلث عتقوا وإلا عتق منهم بقدر الثلث ، وينبغي أن يعتقوا ولا يرثوا ، لأنهم لو ورثوا لكانت وصـــية لوارث فيبطل عتقهم ثم يبطل ميراثهم . وقد قال أبو الخطاب في رجل ملك ابن عمه فأقر في مرضه أنه كان أعتقه في صحته عتق ولم يرث ، وهذا في معنى ما ذكرنا لأن إقراره لوارث غير مقبول فمنعنا ميراثه ليقبل إقراره له بالاعتاق .

فصـــل

مريض اشترى أباه بألف لا مال له سواه فعلى رواية الخبرى يعتق كله ، وعلى القول الآخر يعتق ثلثه على المعتق ويعتق باقيه على ابنه وهذا قول مالك ، وقال أبو حنيفة يعتق ثلثه ويسعى للابن في ثلثيه ، وعلى قول صاحبيه يعتق سدسه ويسعى في خمسة أسداسه ، وقيل على قياس قول الشافعي يفسخ الشراء إلا أن يجيز الابن عتقه وقيل يعتق ثلثه ويفسخ البيع في ثلثيه ، وإن خلف ألفين سواه عتق وورث سدسيها وبه قال مالك وأبو حنيفة ، وفي قول صاحبيه يعتق نصفه ويسعى في قيمة نصفه .

(فصل) وإذا وهب الانسان أبوه أو وصى له به استحب له أن يقبله ولم يجب ، وهذا قول الشافعي ، ويحتمل أن يجب عليه قبوله لأن فيه اعتاقا لأبيه من غير التزام مال .

ولنا أنه استجلاب ملك على الأب فلم يلزمه كما لو بذل له بعوض أو كما لو بذل له ابنه أو غيره من أقاربه ، ولأنه يلزمه ضرر بلحوق المنة به وتلزمه نفقته وكسوته .

(فصل) إذا وصى لوارثه وأجنبي بثلثه فأجاز سائر الورثة وصية الوارث فالثلث بينهما ، وإن وصى لكل واحد منهما بمعين قيمتهما الثلث فأجاز سائر الورثة وصية الوارث جازت الوصية لهما ، وإن ردوا بطلت وصية الوارث فى المسألتين وللأجنبي السدس فى الأولى والمعين الموصى له به فى الثانية . وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم .

وان كانت الوصيتان بثلثي ماله فأجاز الورثة لهما جازت لهما ، وإن عينوا نصيب الوارث بالرد وحده فللأجنبي الثلث كاملا لأنهم خصوا الوارث بالابطال فالثلث كله للأجنبي وسقطت وصية الوارث فصار كأنه لم يوص له ، وإن أبطلوا الزائد عن الثلث من غير تعيين نصيب أحدهما فالثلث الباقي بين الوصيين لكل واحد منهما السدس ، هذا الذي ذكره القاضي وهو قول مالك والشافعي ، وذلك لان الوارث يزاحم الاجنبي اذا أجاز الورثة الوصيتين : فيكون لكل واحد منهما الثلث ، فإذا أبطلوا نصفهما بالرد كان البطلان راجعا اليهما وما بقى منهما بينهما كما لو تلف ذلك بغير الرد ، واختار أبو الخطاب أن الثلث جميعه للأجنبي ، وحكى نحو هذا عن أبي حنيفة لانهم لا يقدرون على ابطال الثلث فما دون اذا كان للأجنبي ، ولو جعلنا الوصية بينهما لملكوا ابطال ما زاد على السدس ، فإن صرح الورثة بذلك فقالوا أجزنا الثلث لكما ورددنا ما زاد عليه فى وصيتكما ، أو قالوا رددنا من وصية كل واحد منكما نصفها وبقينا له نصفها كان ذلك آكد فى جعل السدس لكل واحد منهما لتصريحهم به . وان قالوا أجزنا وصية الوارث كلها ورددنا نصف وصية الاجنبي فهو على ما قالوا ، لان لهم أن يجيزوا لهما ويردوا عليهما ، فكان لهم أن يجيزوا لأحدهما ويردوا على الاخر . وان أجازوا للأجنبي جميع وصيته وردوا على الوارث نصف وصيته جاز كما قلنا ، وان أرادوا أن ينقصوا الاجنبي عن نصف وصيته لم يملكوا ذلك ، سواء أجازوا للوارث أو ردوا عليه ، فإن ردوا جميع وصية الوارث ونصف وصية الاجنبي فعلى قول القاضي لهم ذلك ، لان لهم أن يجيزوا الثلث لهما فيشتركان فيه ويكون لكل واحد منهما نصفه ثم اذا رجعوا فيما للوارث لم يزد الاجنبي على ما كان له فى حالة الاجازة

للوارث وعلى قول أبي الخطاب يتوفر الثلث كله للأجنبي لانه انما ينقص منه بمزاحمة الوارث ، فإذا زالت المزاحمة وجب توفير الثلث لانه قد أوصى له به ، ولو خلف ابنين ووصى لهما بثلثي ماله ولأجنبي بالثلث فردا الوصية فقال أبو الخطاب عندي للأجنبي الثلث كاملا وعند القاضي له التسع ويجيء فيه من الفروع مثل ما ذكرنا في التي قبلها .

(فصل) وان وصى بثلثه لوارث وأجنبي وقال ان ردوا وصية الوارث فالثلث كله للأجنبي كما وصى وان أجازوا للوارث فالثلث بينهما لان الوصية تتعلق بالشرط ، ولو قال أوصيت لفلان بثلثي فإن مات قبلي فهو لفلان صح ، وان قال وصيت بثلثي لفلان فإن قدم فلان الغائب فهو له صح فإن قدم الغائب قبل موت الموصي صار هو الوصي وبطلت وصية الاول سواء عاد الى الغيبة أو لم يعد لانه قد وجد شرط انتقال الوصيه اليه فلم ينتقل عنه بعد ذلك ، وان مات الموصي قبل قدوم الغائب فالوصيه للحاضر سواء قدم الغائب بعد ذلك أو لم يقدم ، ذكره القاضي لان الوصيه ثبتت لوجود شرطها فلا تنتقل عنه كما لو لم يقدم . ويحتمل أن الغائب ان قدم بعد الموت كانت الوصيه له لانه جعلها له بشرط قدومه وقد وجد ذلك .

(فصل) وان وصى لوارث فأجاز بعض باقي الورثة الوصيه دون البعض نفذ في نصيب من أجاز دون من لم يجز ، وان أجازوا بعض الوصيه دون بعض نفذت فيما أجازوا دون ما لم يجيزوا ، فإن أجاز بعضهم بعض الوصيه وأجاز بعضهم جميعها أو ردها فهو على ما فعلوا من ذلك ، فلو خلف ثلاثة بنين وعبداً لا يملك غيره فوصى به لأحدهم أو وهبه اياه في مرض موته وأجازه له أخواه فهو له ، وان أجاز له أحدهما وحده فله ثلثاه ، وان أجازا له نصف العبد فله نصفه ولهما نصفه ، وان أجاز أحدهما له نصف نصيبه ورد الاخر فله النصف كاملا : الثلث نصيبه والسدس من نصيب المجيز ، وان أجاز كل واحد منهما له نصف نصيبه كمل له الثلثان ، وان أجاز له أحدهما نصف نصيبه والاخر ثلاثة أرباع نصيبه كمل له ثلاثة أرباع العبد ، وان وصى بالعبد لاثنين منهما فللثالث أن يجيز لهما أو يرد عليهما ، أو يجيز لهما بعض وصيتهما ان شاء متساويا وان شاء متفاضلا أو يرد على أحدهما ويجيز للآخر وصيته كلها أو بعضها أو يجيز لأحدهما جميع

وصيه وللآخر بعضها فكل ذلك جائز لأن الحق له فكيفما شاء فعل فيه .

« مسألة » قال (ومن أوصى لغير وارث بأكثر من الثلث فأجاز ذلك الورثة بعد موت الموصى جاز ، وإن لم يجيزوا رد إلى الثلث)

وجملة ذلك أن الوصية لغير الوارث تلزم فى الثلث من غير إجازة وما زاد على الثلث يقف على إجازتهم ، فان أجازوه جاز وإن ردوه بطل فى قول جميع العلماء . والأصل فى ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم لسعد حين قال أوصى بمالى كله ؟ قال « لا » قال فبالثلثين ؟ قال « لا » قال فبالنصف ؟ قال « لا » قال فبالثلث قال « الثلث والثلث كثير » وقوله عليه السلام « إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند مماتكم » يدل على أنه لا شيء له فى الزائد عليه ، وحديث عمران بن حصين فى المملوكين الذين أعتقهم المريض ولم يكن له مال سواهم ، فدعا بهم النبي (ص) فجزأهم ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة ، وقال له قولا شديدا ، يدل أيضا على أنه لا يصح تصرفه فيما عدا الثلث إذا لم يجز الورثة، ويجوز بإجازتهم لأن الحق لهم ؛ والقول فى بطلان الوصية بالزائد عن الثلث كالقول فى الوصيه للوارث على ما ذكرنا .

وهل إجازتهم تنفيذ أو عطية مبتدأة ؟ فيه اختلاف ذكرناه فى الوصيه للوارث والخلاف فيه مبنى على أن الوصيه به أو العطيه فى مرض الموت المخوف صحيحة موقوفه على الإجازة أو باطلة ، فظاهر المذهب أنها صحيحة وأن الإجازة تنفيذ مجرد يكفى فيه قول المجيز أجزت ذلك أو أنفذته أو نحوه من الكلام ولا يفتقر إلى شروط الهبه ، ويتفرع عن هذا الخلاف أنه لو أعتق عبداً لا مال له سواه فى مرضه أو وصى بإعتاقه فأعتقوه بوصيته فقد نفذ العتق فى ثلثه ووقف عتق باقيه على إجازة الورثه ، فإن أجازوه عتق جميعه ، واختص عصبات الميت بولائه كله إذا قلنا بصحة إعتاقه ووصيته ، وان قلنا هى باطله والاجازة عطية مبتدأة اختص عصبات الميت بثلث ولائه وكان ثلثاه لجميع الورثه بينهم على قدر ميراثهم لأنهم باشروه بالإعتاق ، وكذلك لو تبرع بثلث ماله فى مرضه ثم أعتق أو وصى بالاعتاق فالحكم فيه على ما ذكرنا .

ولو أوصى لابن وارثه بعد تبرعه بثلث ماله أو أعطاه عطية فى مرضه فأجاز أبوه وصيته وعطيته ثم أراد الرجوع فيما أجازه فله ذلك ان قلنا هى عطية مبتدأة وليس له ذلك على القول بأنها اجازة مجردة ، ولو تزوج رجل ابنة عمه فأوصت له بوصيه أو عطيه فى مرض موتها ، ثم ماتت وخلفته وأباه ، فأجاز أبوه وصيته وعطيته فالحكم فيه على ما ذكرنا

ولو وقف فى مرضه على ورثته فأجازوا الوقف صح إن قلنا اجازتهم تنفيذ ولم يصح ان قلنا هى عطية مبتدأة ، ولأنهم يكونون واقفين على أنفسهم ، ولا فرق فى الوصية بين المرض والصحة . وقد روى حنبل عن أحمد أنه قال : إن أوصى فى المرض فهو من الثلث ، وإن كان صحيحا فله أن يوصى بما شاء - يعنى به العطيه - قاله القاضى . أما الوصية فإنها عطيه بعد الموت فلا يجوز منها إلا الثلث على كل حال

فصل

ولا يعتبر الرد والإجازة إلا بعد موت الموصى ، فلو أجازوا قبل ذلك ثم ردوا ، أو أذنوا لموروثهم فى حياته بالوصية بجميع المال أو بالوصية لبعض ورثته ثم بدا لهم فردوا بعد وفاته فلهم الرد ، سواء كانت الإجازة فى صحة الموصى أو مرضه . نص عليه احمد فى رواية أبى طالب . وروى ذلك عن ابن مسعود ، وهو قول شريح وطاوس والحكم والثورى والحسن بن صالح والشافعى وابى ثور وابن المنذر وأبى حنيفة وأصحابه

وقال الحسن وعطاء وحماد بن ابى سليمان وعبد الملك بن يعلى والزهرى وربيعه والأوزاعى وابن ابى ليلى : ذلك جائز عليهم ، لأن الحق للورثه فإذا رضوا بتركه سقط حقهم ، كما لو رضى المشترى بالعيب . وقال مالك: ان أذنوا له فى صحته فلهم أن يرجعوا ، وان كان ذلك فى مرضه وحين يحجب عن ماله فذلك جائز عليهم .

ولنا أنهم أسقطوا حقوقهم فيما لم يملكوه فلم يلزمهم ، كالمرأة اذا أسقطت صداقها قبل النكاح أو أسقط الشفيع حقه من الشفعة قبل البيع ، ولأنها حالة لا يصح فيها ردهم للوصيه فلم يصح فيها اجازتهم كما قبل الوصية

(فصل) واذا وصى بأكثر من الثلث فأجاز الوارث الوصية وقال انما أجزتها

ظناً أن المال قليل فبان كثيراً ، فإن كانت للوصى بينة تشهد باعترافه بمعرفة قدر المال أو كان المال ظاهراً لا يخفى عليه لم يقبل قوله إلا على قول من قال الإجازة هبة مبتدأة فله الرجوع فيما يجوز الرجوع فى الهبة فى مثله ، وإن لم تشهد بينة باعترافه بذلك فالقول قوله مع يمينه ، لأن الإجازة تنزلت منزلة الإبراء فلا يصح فى المجهول والقول قوله فى الجهل به مع يمينه ، لأن الأصل عدم العلم ، ويحتمل أن لا يقبل قوله لأنه أجاز عقداً له الخيار فى فسخه فبطل خياره ، كما لو أجاز البيع من له الخيار فى فسخه بعيب أو خيار ، وإن أوصى بمعين كعبد أو فرس يزيد على الثلث فأجاز الوصية بها ثم قال ظننت المال كثيراً تخرج الوصية من ثلثه فبان قليلا أو ظهر عليه دين لم أعلمه لم تبطل الوصية لأن العبد معلوم لا جهالة فيه ، ويحتمل أن يملك الفسخ لأنه قد يسمح بذلك ظنا منه أنه يبقى له من المال ما يكفيه ، فإذا بان خلاف ذلك لحقه الضرر فى الاجازة فملك الرجوع كالمسألة التى قبلها

(فصل) ولا تصح الاجازة الا من جائز التصرف ، فأما الصبي والمجنون والمحجور عليه لسفه فلا تصح الاجازة منهم لانها تبرع بالمال فلم تصح منهم كالهبة ، وأما المحجور عليه لفلس ، فإن قلنا الاجازة هبة لم تصح منه لأنه ليس له هبة ماله وان قلنا هى تنفيذ صحت .

« مسألة » قال (ومن أوصى له وهو فى الظاهر وارث فلم يمت الموصى حتى صار الموصى له غير وارث فالوصية له ثابتة لان اعتبار الوصية بالموت)

لا نعلم خلافا بين أهل العلم فى أن اعتبار الوصية بالموت ، فلو أوصى لثلاثة اخوة له متفرقين ولا ولد له ومات قبل أن يولد له ولد لم تصح الوصية لغير الأخ من الأب الا بالإجازة من الورثة . وان ولد له ابن صحت الوصية لهم جميعا من غير اجازة اذا لم تتجاوز الوصيه الثلث ، وان ولدت له بنت جازت الوصيه لأخيه من أبيه وأخيه من أمه فيكون لهما ثلثا الموصى به بينهما نصفين ، ولا يجوز للأخ من الأبوين لأنه وارث ، وبهذا يقول الشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأى وغيرهم ، ولا نعلم عن غيرهم خلافهم . ولو أوصى لهم وله ابن فمات ابنه قبل موته

لم تجز الوصيه لأخيه من أبويه ولا لأخيه من أمه وجازت لأخيه من أبيه ، فإن مات الأخ من الابوين قبل موته لم تجز الوصية للأخ من الاب أيضا لانه صار وارثا

(فصل) ولو أوصى لامرأة أجنبية أو أوصت له ثم تزوجها لم تجز وصيتهما الا بالاجازة من الورثه . وان أوصى أحدهما للآخر ثم طلقها جازت الوصية لأنه صار غير وارث ، الا أنه ان طلقها فى مرض موته فقياس المذهب أنها لا تعطى أكثر من ميراثها لأنه يتهم فى أنه طلقها ليوصل اليها ماله بالوصية فلم ينفذ لها ذلك . كما لو طلقها فى مرض موته أو وصى لها بأكثر مما كانت ترث

(فصل)

وان أعتق أمته فى صحته ثم تزوجها فى مرضه صح وورثته بغير خلاف نعلمه ، وان أعتقها فى مرضه ثم تزوجها وكانت تخرج من ثلثه فنقل المروذى عن أحمد أنها تعتق وترث ، وهذا اختيار أصحابنا ، وهو قول أبى حنيفة لأنها امرأة نكاحها صحيح ولم يوجد فى حقها مانع من موانع الإرث وهى الرق والقتل واختلاف الدين فترث ، كما لو كان أعتقها فى صحتها

وقال الشافعى : تعتق ولا ترث . لانها لو ورثت لكان اعتاقها وصية لوارث فيؤدى توريثها الى اسقاط توريثها ، لان ذلك يقتضى ابطال عتقها فيبطل نكاحها ثم يبطل ارثها . فكان ابطال الارث وحده وتصحيح العتق والنكاح أولى

(فصل) وان أعتق أمة لا يملك غيرها ثم تزوجها فالنكاح صحيح فى الظاهر فإن مات ولم يملك شيئا آخر تبين أن نكاحها باطل ويسقط مهرها ان كان لم يدخل بها . وهذا قول ابى حنيفه والشافعى ويعتق منها ثلثها ويرق ثلثاها ، فإن كان قد دخل بها ومهرها نصف قيمتها عتق منها ثلاثة أسباعها ويرق أربعة أسباعها وحساب ذلك ان تقول عتق منها شىء ولها بصداقها نصف شىء وللورثة شيئان ، فيجمع ذلك ويكون ثلاثة أشياء ونصف نبسطها فتكون سبعه لها منها ثلاثه ولهم أربعة ولا شىء للميت سواها فنجعل لنفسها منها ثلاثة أسباعها يكون حراً والباقى للورثه ، وان أحب الورثه ان يدفعوا اليها حصتها من مهرها وهو سبعاه ويعتق منها سبعاها ويسترقوا خمسة أسباعها فلهم ذلك . وهذا مذهب الشافعى

وقال أبو حنيفة : يحسب مهرها من قيمتها ولها ثلث الباقى وتسعى فيما بقى وهو ثلث قيمتها ، فإن كان يملك مع الجارية قدر نصف قيمتها ولم يدخل بها عتق منها نصفها ورق نصفها ، لأن نصفها هو ثلث المـــال ، وان دخل بها عتق منها ثلاثة أسباعها ولها ثلاثة أسباع مهرها ، وانما قل العتق فيها لأنها لما أخذت ثلاثة أسباع مهرها نقص المال به فيعتق منها ثلث الباقى وهو ثلاثة أسباعها .

وحسابها أن تقول عتق منها شىء ولها بمهرها نصف شىء وللورثة شيئان يعدل ذلك الجارية ونصف قيمتها فالشىء سبعاها وسبعا نصف قيمتها وهو ثلاثة أسباعها فهو الذى عتق منها وتأخذ نصف ذلك من المـال بمهرها وهو ثلاثة أسباعه ، فإن كان يملك معها مثل قيمتها ولم يدخل بها عتق ثلثاها ورق ثلثها وبطل نكاحها ، وان كان دخل بها عتق أربعة أسباعها ولها أربعة أسباع مهرهـا ويبقى للورثة ثلاثة أسباعها وخمسة أسباع قيمتها ، وذلك يعدل مثلى ما عتق منها .

وحسابها أن تجعل السبعة الأشياء معادلة لها ولقيمتها فيعتق منها بقدر سبعى الجميع وهو أربعة أسباعها وتستحق سبع الجميع بمهرها وهو أربعة أسباع مهرها ؛ وان كان يملك معها مثلى قيمتها عتقت كلها وصح نكاحها لأنها تخرج من الثلث إن أسقطت مهرها ، وان أبت أن تسقطه لم ينفذ عتقها ويبطل نكاحها ، فإن كان لم يدخل بها فينبغى أن يقضى بعتقها ونكاحها ولا مهر لها لأن إيجابه يفضى الى اسقاطه وإسقاط عتقها ونكاحها فإسقاطه وحده أولى ، وان كان قد دخل بها عملنا فيها على ماتقدم فيعتق ستة أسباعها ولها ستة أســباع مهرها ويبطل عتق سبعها ونكاحها ، ولو أعتقها ولم يتزوجها ووطئها كان العمل فيها فى هذه المواضع كما لو تزوجها ، وهذا مذهب الشافعى .

وذكـر القاضى فى مثل هذه المسألة التى قبل الاخيرة ما يقتضى صحة عتقها ونكاحها مع وجوب مهرها ، فإنه قال فيمن أعتق فى مرضه أمة قيمتها مائه وأصدقها مائتين لا مال له سواهما وهما مهر مثلها يصح العتق والصداق والنكاح ، لأن المائتين صداق مثلها ، وتزويج المريض بمهر المثل صحيح نافذ ، وهذا غير جيد فإن ذلك يفضى الى نفوذ العتق فى المرض من جميع المال ولا أعلم به قائلا ؛ ولو أنه أتلف المـائتين أو أصدقهما لامرأة اجنبيه ومات ولم يخلف شيئاً لبطل عتق

ثلثى الأمة فاذا أخذتهما هى كان اولى فى بطلانه ، والصحيح ما ذكرنا إن شاء الله تعالى .

وقال ابو حنيفه فيما إذا ترك مثل قيمتها وكان مهرها نصف قيمتها تعطى مهرها وثلث الباقى بحسب ذلك من قيمتها وهو نصفها وثلثها فيعتق ذلك وتسعى فى سدسها الباقى ويبطل نكاحها ، فأما إن خلف اربعه امثال قيمتها صح عتقها ونكاحها وصداقها فى قول الجميع ، لان ذلك يخرج من الثلث وترث من الباقى فى قول اصحابنا وهو قول ابى حنيفه ، وقال الشافعى : لا ترث ، وهو مقتضى قول الخرقى لأنها لو ورثت لكان عتقها وصيه لوارث واعتبار الوصيه بالموت .

(فصل)

ولو ان إمرأة مريضه اعتقت عبداً قيمته عشرة وتزوجها بعشرة فى ذمته ثم ماتت وخلفت مائه اقتضى قول أصحابنا ان تضم العشرة التى فى ذمته إلى المائه فيكون ذلك هو التركه ويرث نصف ذلك ويبقى للورثه خمسة وخمسون ، وهذا مذهب أبى حنيفه : وقال صاحباه تحسب عليه قيمته أيضاً وتضم الى التركة ويبقى للورثه ستون ، وقال الشافعى : لا يرث شيئاً وعليه أداء العشرة التى فى ذمته لئلا يكون إعتاقه وصيه لوارث ، وهذا مقتضى قول الخرقى إن شاء الله تعالى .

(فصل) ولو تزوج المريض إمرأة صداق مثلها خمسة فأصدقها عشرة لا يملك غيرها ثم مات وورثته بطلت المحاباة لأنها وصيه لوارث ولها صداقها وربع الباقى بالميراث ، فان ماتت قبله صحت المحاباة ويدخلها الدور فيقول لها مهرها وهو خمسة وشىء بالمحاباة يبقى لورثة الزوج خمسة الا شيئاً ثم رجع اليهم نصف مالها وهو ديناران ونصف شىء صار لهم سبعة ونصف الا نصف شىء يعدل شيئين اجبر وقابل يتبين ان الشىء ثلاثه فيكون لورثتها اربعه ولورثته سته وان خلفت مع ذلك دينارين عاد الى الزوج من ميراثها ثلاثة ونصف شىء فصار له ثمانية ونصف الا نصف شىء اجبر وقابل يخرج الشىء ثلاثة وخمسين فصار لورثته سته واربعة اخماس ولورثتها خمسه وخمس .

(فصل) وإذا أوصى بجاريه لزوجها الحر فقبلها انفسخ النكاح ، لان النكاح لا يجتمع مع ملك اليمين وظاهر المذهب ان الموصى له إنما يملك بالقبول فحينئذ

ينفسخ النكاح ، وفيه وجه آخر أنه إذا قبل تبينا أن الملك كان ثابتا من حين موت الموصى فتبين حينئذ أن النكاح انفسخ من حين موت الموصى ، وان أتت بولد لم تخل من ثلاثة أحوال .

(أحدها) أن تكون حاملا به حين الوصية ويعلم ذلك بأن تأتى به لأقل من ستة أشهر منذ أوصى : فالصحيح أنه يكون موصى له معها لأن للحمل حكما ، ولهذا تصح الوصية به ، وإذا صحت الوصية به منفرداً صحت الوصيه به مع أمه فيصير كما لو كان منفصلا فأوصى بهما جميعا . وفيه وجه آخر لا حكم للحمل فلا يدخل فى الوصية وإنما ثبت له الحكم عند انفصاله كأنه حدث حينئذ فعلى هذا أن انفصل فى حياة الموصى فهو له كسائر كسبها ، وان انفصل بعد موته وقبل القبول فهو للورثة على ظاهر المذهب وان انفصل بعده فهو للموصى له .

(الحال الثانى) أن تحمل به بعد الوصية فى حياة الموصى ويعلم ذلك بأن تضعه بعد ستة أشهر من حين أوصى لأنها ولدته لمدة الحمل بعد الوصية فيحتمل أنها حملته بعدها فلم يتناوله والأصل عدم الحمل حال الوصية فلا نثبته بالشك فيكون مملوكا للموصى ان ولدته فى حياته وان ولدته بعده وقلنا للحمل حكم فكذلك ، وان قلنا لا حكم له فهو للورثه إن ولدته قبل القبول ولا بينة إن وضعته بعده ، وكل موضع كان الولد للموصى له فإنه يعتق عليه لأنه ابنه وعليه ولاء لأبيه لأنه عتق عليه بالقرابة وأمه أمة ينفسخ نكاحها بالملك ولا تصير أم ولد لأنها لم تعلق منه بحرٍّ فى ملكه .

(الحال الثالث) أن تحمل بعد موت الموصى وقبل القبول ويعلم ذلك بأن تضعه لأكثر من ستة أشهر من حين الموت فإن وضعته قبل القبول أيضاً فهو للوارث فى ظاهر المذهب لأن الملك إنما ثبت للموصى له بعد القبول وعلى الوجه الآخر يكون للموصى له وان وضعته بعد القبول فكذلك لأن الظاهر أن للحمل حكما فيكون حادثا عن ملك الوارث ، وعلى الوجه الآخر يكون للموصى له فعلى هذا يكون حراً لا ولاء عليه لانها أم ولد لكونها علقت منه بحر فى ملكه فتصير كما لو حملت به بعد القبول ومذهب الشافعى فى هذا الفصل قريب مما قلناه ، وقال أبو حنيفة إذا وضعته بعد موت الموصى دخل فى الوصية بكل حال لأنها تستقر بالموت وتلزم فوجب أن تسرى الى الولد كالاستيلاد .

ولنا أنها زيادة منفصلة حادثة بعد عقد الوصية فلا تدخل فيها كالكسب وإذا أوصى بعتق جارية فولدت ، وتفارق الاستيلاد لأن له تغليبا وسراية وهذا التفريع فيما إذا خرجت الجارية من الثلث وان لم تخرج من الثلث ملك منها بقدر الثلث ، انفسخ النكاح لأن ملك بعضها يفسخ النكاح كملك جميعها وكل موضع يكون الولد فيه لابنه فإنه يكون له منه ههنا بقدر ما ملك من أمه ويسري العتق الى باقيه إن كان موسراً ، وان كان معسراً فقد عتق منه ماملك وحده وكل موضع قلنا تكون أم ولد فإنها تصير أم ولد ههنا سواء كان موسراً أو معسراً على قول الخرقي كما إذا استولد الأمة المشتركة : قال القاضي : تصير منها أم ولد بقدر ما ملك منها ، وهذا مذهب الشافعي والله أعلم .

(مسألة) قال (فإن مات الموصى له قبل موت الموصي بطلت الوصية)

هذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن علي رضي الله عنه . وبه قال الزهري وحماد بن أبي سليمان وربيعة ومالك والشافعي وأصحاب الرأي . وقال الحسن تكون لولد الموصى له ، وقال عطاء إذا علم الموصي بموت الموصى له ؛ ولم يحدث فيما أوصى به شيئا فهو لوارث الموصى له ، لأنه مات قبل عقد الوصية فيقوم الوارث مقامه كما لو مات بعد موت الموصي وقبل القبول .

ولنا أنها عطية صادفت المعطى ميتا فلم تصح ؛ كما لو وهب ميتا وذلك لأن الوصية عطية بعد الموت وإذا مات قبل القبول بطلت الوصية أيضا ، وان سلمنا صحتها . فإن العطية صادفت حيا بخلاف مسألتنا .

(فصل) ولا تصح الوصية لميت ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك إن علم أنه ميت فهي جائزة ، وهي لورثته بعد قضاء ديونه وتنفيذ وصاياه ، لأن الغرض نفعه بها ، وبهذا يحصل له النفع فأشبه مالو كان حيا .

ولنا أنه أوصى لمن لا تصح الوصية له إذا لم يعلم حاله فلم تصح إذا علم حاله كالبهيمة ، وفارق الحي فإن الوصية تصح له في الحالين ، ولأنه عقد يفتقر الى القبول فلم يصح للميت كالهبة .

إذا ثبت هذا : فإذا أوصى بثلثه أو بمائة لاثنين حي وميت فللحي نصف الوصية

سواء علم موت الميت أو جهله ، وهذا قول أبي حنيفة وإسحاق والبصريين ، وقال الثوري وأبو يوسف ومحمد : إذا قال هذه المائه لفلان وفلان فهي للحي منهما ، وان قال بين فلان وفلان ، فوافقنا الثوري فى أن نصفها للحي ، وعن الشافعي كالمذهبين ، وقال أبو الخطاب عندى أنه إذا علمه ميتا فالجميع للحي ، وان لم يعلمه ميتا فللحي النصف .

وقد نقل عن أحمد ما يدل على هذا القول ، فانه قال فى روايه ابن القاسم إذا أوصى لفلان وفلان بمائه فبان أحدهما ميتا ، فللحي خمسون فقيل له ، أليس إذا قال ثلثي لفلان وللحائط أن الثلث كله لفـــلان ؟ فقال : وأى شيء يشبه هذا الحائط له ملك ؟ فعلى هذا إذا شرك بين من تصح الوصيه له ومن لاتصح مثل أن يوصي لفلان وللملك وللحائط أولفلان الميت ، فالموصى به كله لمن تصح الوصيه له إذا كان عالما بالحال ، لأنه إذا شرك بينهما فى هذا الحال علم أنه قصد بالوصيه كلها من تصح الوصيه له ، وان لم يعلم الحال فلمن تصح الوصيه له نصفها لأنه قصد إيصال نصفها اليه ، والى الآخر النصف الآخر ظنا منه أن الوصيه له صحيحه ، فاذا بطلت الوصيه فى حق أحدهما صحت فى حق الآخر بقسطه كتفريق الصفقه ووجه القول الأول : أنه جعل الوصيه لإثنين فلم يستحق أحدهما جميعها كما لو كانا ممن تصح الوصيه لهما فمات أحدهما ، أو كما لو لم يعلم الحال ، فأما ان وصى لاثنين حيين فمات أحدهما فللآخر نصف الوصيه لا نعلم فى هذا خلافا ، وكذلك لو بطلت الوصيه فى حق أحدهما لرده لها أو لخروجه عن أن يكون من أهلها ، ولو قال أوصيت لكل واحد من فلان وفلان بنصف الثلث أو بنصف المائه أو بخمسين لم يستحق أحدهما أكثر من نصف الوصيه . سواء كان شريكه حياً أو ميتا ، لانه عين وصيته فى النصف فلم يكن له حق فيما سواه .

« مسألة » قال (وان رد الموصى له الوصيه بعد موت الموصى بطلت الوصيه)

لا يخلو اذا رد الوصيه من أربعه أحوال

أحدها : أن يردها قبل موت الموصى فلا يصح الرد ههنا لأن الوصيه لم تقع

بعد فأشبه رد المبيع قبل ايجاب البيع ، ولانه ليس بمحل القبول فلا يكون محلا للرد كما قبل الوصيه

والثانيه : أن يردها بعد الموت وقبل القبول ، فيصح الرد وتبطل الوصيه ، لا نعلم فيه خلافا لانه أسقط حقه فى حال يملك قبوله وأخذه ، فأشبه عفو الشفيع عن الشفعه بعد البيع

الثالثه : أن يرد بعد القبول والقبض فلا يصح الرد لان ملكه قد استقر عليه فاشبه رده لسائر ملكه الا ان يرضى الورثه بذلك فتكون هبة منه لهم تفتقر الى شروط الهبه .

الرابعه : ان يرد بعد القبول وقبل القبض . فينظر فإن كان الموصى به مكيلا أو موزونا صح الرد لانه لا يستقر ملكه عليه قبل قبضه ، فأشبه رده قبل القبول وان كان غيرذلك لم يصح الرد لان ملكه قد استقر عليه فهو كالمقبوض . ويحتمل ان يصح الرد بناء على ان القبض معتبر فيه ، ولاصحاب الشافعى فى هذه الحال وجهان (احدهما) يصح الرد فى الجميع ، ولا فرق بين المكيل والموزون وغيرهما وهذا المنصوص عن الشافعى لانهم لما ملكوا الرد من غير قبول ملكوا الرد من غير قبض ، ولان ملك الوصى لم يستقر عليه قبل القبض فصح رده كما قبل القبول (والثانى) لا يصح الرد لان الملك يحصل بالقبول من غير قبض .

(فصـــل)

وكل موضع صح الرد فيه فإن الوصيه تبطل بالرد وترجع الى التركة فتكون للورثة جميعهم لان الاصل ثبوت الحكم لهم ، وانما خرج بالوصيه ، فإذا بطلت الوصيه رجع الى ما كان عليه ، كأن الوصيه لم توجد ، ولو عين بالرد واحدا وقصد تخصيصه بالمردود لم يكن له ذلك وكان لجميعهم ، لان رده امتناع من تملكه فيبقى على ما كان عليه ، ولانه لم يملك دفعه الى أجنبى فلم يملك دفعه الى وارث يخصه به ، وكل موضع امتنع الرد فيه لاستقرار ملكه عليه فله ان يختص به واحدا من الورثه لانه ابتداء هبة ويملك ان يدفعه الى اجنبى فملك دفعه الى وارث ، فلو قال رددت هذه الوصيه لفلان قيل له ما أردت بقولك لفلان ؟ فإن أردت تمليكه اياها وتخصيصه بها فقبلها اختص بها . وان قال أردت ردها الى جميعهم

ليرضى فلان عادت الى جميعهم اذا قبلوها فان قبلها بعضهم دون بعض فلمن قبل حصته منها .

(فصل) ويحصل الرد بقوله رددت الوصية وقوله لا أقبلها وما أدى هذا المعنى ، قال أحمد : اذا قال أوصيت لرجل بألف فقال لا أقبلها فهى لورثته يعنى لورثة الموصى .

« مسألة » قال (فإن مات قبل أن يقبل أو يرد قام وارثه فى ذلك مقامه اذا كان موته بعد موت الموصى)

اختلف أصحابنا فيما اذا مات الموصى له قبل القبول والرد بعد موت الموصى فذهب الخرقى الى أن وارثه يقوم مقامه فى القبول والرد لانه حق ثبت للموروث فثبت للوارث بعد موته لقوله عليه السلام « من ترك حقه فلورثته » وكخيار الرد بالعيب وذهب أبو عبدالله بن حامد الى أن الوصية تبطل لانه عقد يفتقر الى القبول فإذا مات من له القبول قبله بطل العقد كالهبة .

قال القاضى : هو قياس المذهب لانه خيار لا يعتاض عنه فبطل بالموت كخيار المجلس والشرط وخيار الاخذ بالشفعة : وقال أصحاب الرأى تلزم الوصية فى حق الوارث وتدخل فى ملكه حكما بغير قبول لان الوصية قد لزمت من جهة الموصى وانما الخيار للموصى له واذا مات بطل خياره ودخل فى ملكه كما لو اشترى شيئاً على أن الخيار له فمات قبل انقضائه .

ولنا على أن الوصية لا تبطل بموت الموصى له : أنها عقد لازم من أحد الطرفين فلم تبطل بموت من له الخيار كعقد الرهن والبيع اذا شرط فيه الخيار لاحدهما ولانه عقد لا يبطل بموت الموجب له فلا يبطل بموت الآخر كالذى ذكرنا ويفارق الهبة والبيع قبل القبول من الوجهين اللذين ذكرناهما وهو أنه جائز من الطرفين ويبطل بموت الموجب له ولا يصح قياسه على الخيارات لأنه لم يبطل الخيار ويلزم العقد فنظيره فى مسألتنا قول أصحاب الرأى .

ولنا : على ابطال قولهم انه عقد يفتقر الى قبول المتملك فلم يلزم قبل القبول كالبيع والهبة .

إذا ثبت هذا فإن الوارث يقوم مقام الموصى له فى القبول والرد لأن كل حق مات عنه المستحق فلم يبطل بالموت قام الوارث فيه مقامه ، فعلى هذا إن رد الوارث الوصية بطلت وإن قبلها صحت وثبت الملك بها ، وإن كان الوارث جماعة اعتبر القبول أو الرد من جميعهم : فإن رد بعضهم وقبل بعض ثبت للقابل حصته وبطلت الوصية فى حق من رد : فإن كان فيهم من ليس من أهل التصرف قام وليه مقامه فى القبول والرد وليس له أن يفعل إلا ما للمولى عليه الحظ فيه فإن فعل غيره لم يصح فإذا كان الحظ فى قبولها فردها لم يصح رده وكان له قبولها بعد ذلك ، وإن كان الحظ فى ردها فقبلها لم يصح قبوله ، لأن الولى لا يملك التصرف فى حق المولى عليه بغير ماله الحظ فيه ، فلو أوصى لصبى بذى رحم له يعتق بملكه له وكان على الصبي ضرر فى ذلك بأن تلزمه نفقة الموصى به لكونه فقيراً لا كسب له والمولى عليه موسر لم يكن له قبول الوصية ، وإن لم يكن عليه ضرر لكون الموصى به ذا كسب أو كون المولى عليه فقيراً لا تلزمه نفقته تعين قبول الوصية ، لأن فى ذلك نفعا للمولى عليه لعتق قرابته وتحريره من غير ضرر يعود عليه فتعين ذلك ، والله أعلم .

(فصل) ولا يملك الموصى له الوصية إلا بالقبول فى قول جمهور الفقهاء إذا كانت لمعين يمكن القبول منه لأنها تمليك مال لمن هو من أهل الملك متعين فاعتبر قبوله كالهبة والبيع ، قال أحمد : الهبة والوصية واحد ، فأما ان كانت لغير معين كالفقراء والمساكين ومن لا يملك حصرهم كبنى هاشم وتميم أو على مصلحة كمسجد أو حج لم يفتقر إلى قبول ولزمت بمجرد الموت لأن اعتبار القبول من جميعهم متعذر فيسقط اعتباره كالوقف عليهم ولا يتعين واحد منهم فيكتفى بقبوله ، ولذلك لو كان فيهم ذو رحم من الموصى به مثل أن يوصى بعبد للفقراء وأبوه فقير لم يعتق عليه ، ولأن الملك لا يثبت للموصى لهم بدليل ما ذكرنا من المسألة وانما ثبت لكل واحد منهم بالقبض فيقوم قبضه مقام قبوله ، أما الآدمى المعين فيثبت له الملك فيعتبر قبوله لكن لا يتعين القبول باللفظ بل يجزىء ما قام مقامه من الأخذ والفعل الدال على الرضا كقولنا فى الهبة والبيع ، ويجوز القبول على الفور

والتراخي ولا يكون إلا بعد موت الموصى لأنه قبل ذلك لم يثبت له حق ولذلك لم يصح رده ، فإذا قبل ثبت الملك له من حين القبول في الصحيح من المذهب وهو قول مالك وأهل العراق وروى عن الشافعي .

وذكر أبو الخطاب في المسألة وجها آخر أنه إذا قبل تبينا أن الملك يثبت حين موت الموصى وهو ظاهر مذهب الشافعي ، لأن ما وجب انتقاله بالقبول وجب انتقاله من جهة الموجب عند الإيجاب كالهبة والبيع . ولأنه لا يجوز أن يثبت الملك فيه للوارث لأن الله تعالى قال (من بعد وصية يوصى بها أو دين) ولأن الإرث بعد الوصية ولا يبقى للميت لأنه صار جماداً لا يملك شيئا ، وللشافعي قول ثالث غير مشهور . ان الوصية تملك بالموت ويحكم بذلك قبل القبول لما ذكرنا .

ولنا أنه تملك عين لمعين يفتقر إلى القبول فلم يسبق الملك القبول كسائر العقود ولأن القبول من تمام السبب والحكم لا يتقدم سببه . ولأن القبول لا يخلو من أن يكون شرطا أو جزءاً من السبب والحكم لا يتقدم سببه ولا شرطه . ولأن الملك في الماضي لا يجوز تعليقه بشرط مستقبل .

فإن قيل : فلو قال لامرأته أنت طالق قبل موتي بشهر ثم مات تبينا وقوع الطلاق قبل موته بشهر . قلنا ليس هذا شرطا في وقوع الطلاق ، وإنما تبين به الوقت الذي يقع فيه الطلاق ، ولو قال : إذا مت فأنت طالق قبله بشهر لم يصح ، وأما انتقاله من جهة الموجب في سائر العقود فإنه لا ينتقل إلا بعد القبول فهو كمسألتنا غير أن ما بين الإيجاب والقبول ثم يسير لا يظهر له أثر بخلاف مسألتنا : قولهم : إن الملك لا يثبت للوارث ممنوع : فإن الملك ينتقل إلى الوارث بحكم الأصل إلا أن يمنع منه مانع ، وقول الله تعالى (من بعد وصية يوصى بها أو دين) قلنا : المراد به وصية مقبولة بدليل أنه لو لم يقبل لكان ملكا للوارث وقبل قبولها فليست مقبولة ويحتمل أن يكون المراد بقوله (فلكم الربع من بعد وصية) أى لكم ذلك مستقر فلا يمنع هذا ثبوت الملك غير مستقر ولهذا لا يمنع الدين ثبوت الملك في التركة وهو آكد من الوصية : وإن سلمنا أن الملك لا يثبت للوارث فإنه يبقى ملكا للميت كما إذا كان عليه دين ، وقولهم لا يبقى له ملك ، ممنوع فإنه يبقى ملكه فيما يحتاج إليه من مؤنة تجهيزه ودفنه وقضاء ديونه ويجوز أن يتجدد له

ملك فى ديونه إذا قبل وفيما إذا نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد موته بحيث تقضى ديونه وتنفذ وصاياه ويجهز إن كان قبل تجهيزه ، فهذا يبقى على ملكه لتعذر انتقاله إلى الوارث من أجل الوصية وامتناع انتقاله إلى الوصى قبل تمام السبب فإن رد الموصى له أو قبل انتقل حينئذ، فإن قلنا بالأول وأنه ينتقل إلى الوارث فإنه يثبت له الملك على وجه لا يفيد إباحة التصرف كثبوته فى العين المرهونة فلو باع الموصى به أو رهنه أو أعتقه أو تصرف بغير ذلك لم ينفذ شىء من تصرفاته ولو كان الوارث ابنا للموصى به مثل أن تملك امرأة زوجها الذى لها منه ابن فتوصى به لأجنبى فإذا ماتت انتقل الملك فيه إلى ابنه إلى حين القبول ولا يعتق عليه والله أعلم .

فصل فيما يختلف من الفروع باختلاف المذهبين

من ذلك أنه إذا حدث للموصى به نماء منفصل بعد موت الموصى وقبل القبول كالثمرة والنتاج والكسب فهو للورثة وعلى الوجه الآخر يكون للموصى له ولو أوصى بأمة لزوجها فأولدها بعد موت الموصى وقبل القبول فولده رقيق للوارث وعلى الوجه الآخر يكون حر الأصل ولا ولاء عليه وأمه أم ولد لأنها علقت منه بحر فى ملكه . وإن مات الموصى له قبل القبول والرد فلوارثه قبولها فإن قبلها ملك الجارية وولدها . وإن كان ممن يعتق الولد عليه عتق ولم يرث من ابنه شيئا وعلى الوجه الاخر تكون الجارية أم ولد ويرث الولد أباه فإن كان يحجب الوارث القابل حجبه .

وقال أكثر أصحاب الشافعى: لا يرث الولد ههنا شيئاً . لأن توريثه يمنع كون القابل وارثاً فيبطل قبوله فيفضى إلى الدور وإلى إبطال ميراثه فأشبه ما لو أقر الوارث بمن يحجبه عن الميراث . وقد ذكرنا فى الإقرار ما يدفع هذا ، وإن المقر به يرث فكذا ههنا ، ويعتبر قبول من هو وارث فى حال اعتبار القبول كما يعتبر فى الاقرار إقرار من هو وارث حال الإقرار ، والله أعلم .

ومن ذلك : لو أوصى لرجل بأبيه فمات الموصى له قبل القبول فقبل ابنه صح وعتق عليه الجد ولم يرث من ابنه شيئا ، لأن حريته إنما حدثت حين القبول بعد أن صار الميراث لغيره، وعلى الوجه الاخر تثبت حريته من حين موت الموصى ويرث

من ابنه السدس ، وقال بعض أصحاب الشافعي : لا يرث أيضا لأنه لو ورث لاعتبر قبوله . ولا يجوز اعتبار قبوله قبل الحكم بحريته ، وإذا لم يجز اعتباره لم يعتق فيؤدي توريثه إلى إبطال توريثه وهذا فاسد ، فإنه لو أقر جميع الورثة بمشارك لهم في الميراث ثبت نسبه وورث مع أنه يخرج المقرون به عن كونهم جميع الورثة ومن ذلك : أنه لو مات الموصى له فقبل وارثه لثبت الملك للوارث القابل ابتداء من جهة الموصي لا من جهة موروثه ولم يثبت للموصى له شيء فحينئذ لا تقضى ديونه ولا تنفذ وصاياه ولا يعتق من يعتق عليه ، وإن كان فيهم من يعتق على الوارث عتق عليه وكان ولاؤه له دون الموصى له . وعلى الوجه الاخر يتبين أن الملك كان ثابتا للموصى له وأنه انتقل منه إلى وارثه فتنعكس هذه الأحكام فتقضى ديونه وتنفذ وصاياه ويعتق من يعتق عليه وله ولاؤه يختص به الذكور من ورثته ، ومن ذلك : أن الموصى به لو كان أمة فوطئها الوارث فأولدها صارت أم ولد له وولدها حر لأنه وطئها في ملكه وعليه قيمتها للموصى له إذا قبلها .

فإن قيل كيف قضيتم بعتقها هنا وهي لا تعتق بإعتاقها ؟

قلنا : الاستيلاد أقوى ولذلك يصح من المجنون والراهن والأب والشريك المعسر وإن لم ينفذ إعتاقهم . وعلى الوجه الاخر يكون ولده رقيقا والأمة باقية على الرق ، وإن وطئها الموصى له قبل قبولها كان ذلك قبولا لها وثبت الملك له به لأنه لا يجوز إلا في الملك فإقدامه عليه دليل على اختياره الملك ، فأشبه ما لو وطيء من له الرجعة : الرجعية أو وطيء من له الخيار في البيع : الأمة المبيعة أو وطيء من له خيار فسخ النكاح امرأته :

فصل

وتصح الوصية مطلقة ومقيدة ، فالمطلقة أن يقول إن مت فثلثي للمساكين أو لزيد ، والمقيدة أن يقول : إن مت من مرضي هذا أو في هذه البلدة أو في سفري هذا فثلثي للمساكين ، فإن برأ من مرضه أو قدم من سفره أو خرج من البلدة ثم مات بطلت الوصية المقيدة وبقيت المطلقة . قال أحمد فيمن وصى وصية إن مات من مرضه هذا أو من سفره هذا ولم يغير وصيته ثم مات بعد ذلك فليس له وصية ، وبهذا قال الحسن والثوري والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي

وقال مالك : إن قال قولا ولم يكتب كتابا فهو كذلك . وان كتب كتابا ثم صح من مرضه وأقر الكتاب فوصيته بحالها ما لم ينقضها .

ولنا أنها وصية بشرط لم يوجد شرطها فبطلت كما لو لم يكتب كتابا أو كما لو وصى لقوم فماتوا قبله ، ولأنه قيد وصيته بقيد فلا يتعداه كما ذكرنا ، وإن قال لأحد عبديه أنت حر بعد موتي وقال للآخر أنت حر ان مت في مرضي هذا فمات في مرضه فالعبدان سواء في التدبير . وإن برأ من مرضه ذلك بطل تدبير المقيد وبقي تدبير المطلق بحاله . ولو وصى لرجل بثلثه وقال ان مت قبلي فهو لعمرو صحت وصيته على حسب ما شرطه له . وكذلك في سائر الشروط ، فان النبي صلى الله عليه وسلم قال « المسلمون على شروطهم » .

« مسألة » قال (وإذا أوصى له بسهم من ماله أعطى السدس ، وعن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى : يعطى سهما مما تصح منه الفريضة)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيما لو أوصى بسهم فروى عنه : أن للموصى له السدس ، وروى ذلك عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه قال الحسن واياس بن معاوية والثوري ، والرواية الثانيه : انه يعطى سهما مما تصح منه الفريضة فينظر كم سهما صحت منه الفريضة ويزاد عليها مثل سهم من سهامها للموصى له ، وهذا قول شريح قال ترفع السهام فيكون للموصى له سهم . قال القاضي : هذا ما لم يزد على السدس فان زاد السهم على السدس فله السدس لأنه متحقق . وجه ذلك أن قوله سهما ينبغي أن ينصرف الى سهام فريضته لأن وصيته منها فينصرف السهم اليها فكان واحداً من سهامها ، كما لو قال : فريضتي كذا وكذا سهما لك منها سهم ، وقال الخلال وصاحبه : أقل سهم من سهام الورثة ، لأن أحمد قال في رواية أبي طالب والأثرم اذا أوصى له بسهم من ماله يعطى سهما من الفريضة قيل له : نصيب رجل أو نصيب امرأة ؟ قال . أقل ما يكون من السهام . قال القاضي : ما لم يزد على السدس وهذا قول أبي حنيفة وقال صاحباه الا أن يزيد على الثلث فيكون له الثلث . ووجه هذا القول . أن سهام الورثه أنصباؤهم فيكون له أقلها لأنه اليقين فان زاد على السدس دفع اليه السدس لانه أقل سهم يرثه ذو قرابة ،

وقال أبو ثور يعطى سهما من أربعة وعشرين لانها أكثر أصول الفرائض فالسهم منها أقل السهام، وقال الشافعي وابن المنذر يعطيه الورثة ماشاءوا لأن ذلك يقع عليه اسم السهم فأشبه ما لو أوصى له بجزء أو حظ ، وقال عطاء وعكرمة لا شيء له .

ولنا ما روى ابن مسعود . أن رجلا أوصى لرجل بسهم من المـــال فأعطاه النبي صلى الله عليه وسلم السدس ، ولان السهم فى كلام العرب السدس ، قال اياس ابن معاوية السهم فى كلام العرب السدس فتنصرف الوصية اليه كما لو لفظ به ولانه قول علي وابن مسعود ولا مخالف لهما فى الصحابة ولان السدس أقل سهم مفروض يرثه ذو قرابة فتنصرف الوصية اليه .

اذا ثبت هذا : فإن السدس الذى يستحقه الموصى له يكون بمنزله ســـدس مفروض فإن كانت المسألة كاملة الفروض أعيلت به ، وان كانت عائلة زاد عولها به ، وان كان فيها رد أو كانوا عصبة أعطى سدساً كاملا : قال أحمد فى روايه ابن منصور وحرب . اذا أوصى الرجل بسهم من ماله يعطى السدس الا أن تعول الفريضه فيعطى سهما مع العول فكأن معنى الوصيه أوصيت لك بسهم من يرث السدس فلو أوصى له بسهم فى مسألة فيها زوج وأخت كان له السبع كما لو كان معهما جدة على الروايات الثلاث ، وكذلك لو كان فى المسألة أم وثلاث أخوات متفرقات فإن كان معهم زوج فالمسألة من تسعة وللموصى له العشر على الروايات الثلاث .

وان كان الورثة ثلاث أخوات متفرقات فللوصى له السدس على الروايات الثلاث ، وان كانوا زوجا وأبوين وابنين ، فالمسألة من خمسة عشرة وتعول بسدس آخر فتصير من سبعة عشر ، وكذلك على قول الخلال لان أقل سهام الورثة سدس ، وعلى الروايه الأخرى: يكون للوصى سهم واحد يزاد على خمسه عشر فتصير ستة عشر وان كانوا زوجه وأبوين وابناً فالفريضه من أربعه وعشرين وتعول بالسدس الموصى به الى ثمانيه وعشرين :

وعلى الروايه الثانية : يزاد عليها سهم واحد للموصى له . فتكون من خمسة وعشرين ؛ وعلى قول الخلال يزاد عليها مثل سهم الزوجه ، فتكون من سبعه وعشرين ، وان كانوا خمسة بنين فللوصى السدس كاملا ، وتصح من ستة على

الروايات الثلاث ، فإن كان معهم زوجة صحت الفريضة من أربعين ، فتزيد عليها سهما للوصى على إحدى الروايات تصير أحداً وأربعين ، وعلى قول الخلال تزيد مثل نصيب الزوجه فتصير خمسة وأربعين .

وعلى الرواية الاولى تزيد عليها مثل سدسها ولا سدس لها فتضربها فى ستة ثم تزيد عليها سدسها تكن مائتين وثمانين ، للوصى أربعون وللزوجة ثلاثون ، ولكل ابن إثنان وأربعون ، ولو خلف أبوين وابنين وأوصى لرجل بسدس ماله ولآخر بسهم جعلت ذا السهم كالام وأعطيت صاحب السدس سدسا كاملا وقسمت الباقى بين الورثة والموصى له على سبعة فتصح من إثنين وأربعين لصاحب السدس سبعة ولصاحب السهم خمسة على الروايات الثلاث ، ويحتمل أن يعطى ذو السهم السبع كاملا كأنه أوصى له من غير وصية أخرى ، فيكون له ستة ويبقى تسعة وعشرون على ستة لا تنقسم فتضربها فى اثنين وأربعين تكن مائتين واثنين وخمسين .

(فصل) وان أوصى بجزء أو حظ أو نصيب أو شيء من ماله أعطاه الورثة ما شاءوا ، لا أعلم فيه خلافا ، وبه قال أبو حنيفة والشافعى وابن المنذر وغيرهم لان كل شيء جزء ونصيب وحظ وشيء ، وكذلك إن قال أعطوا فلانا من مالى أو ارزقوه لان ذلك لا حد له فى اللغة ولا فى شرع ، فكان على إطلاقه .

« مسألة » قال ﴿ وإذا أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته ولم يسمه كان له مثل ما لأقلهم نصيبا كأن أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته وهم ابن وأربع زوجات فتكون صحيحة من اثنين وثلاثين سهما للزوجات الثمن وهو أربعة وما بقى فللابن فزد فى سهام الفريضه مثل حظ امرأة من نسائه فتصير الفريضه من ثلاثة وثلاثين سهما للموصى له سهم ولكل امرأة سهم وما بقى فللابن ﴾

وجملة ذلك . انه إذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته غير مسمى : فإن كان الورثة يتساوون فى الميراث كالبنين ، فله مثل نصيب أحدهم مزاداً على الفريضه ويجعل كواحد منهم زاد فيهم ، وان كانوا يتفاضلون كمسألة الخرقى فله مثل نصيب أقلهم ميراثاً يزاد على فريضتهم ، وإن أوصى بنصيب وارث معين فله مثل نصيبه

مزاداً على الفريضة ، وهذا قول الجمهور ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك وابن أبي ليلى وزفر وداود يعطى مثل نصيب المعين أو مثل نصيب أحدهم إذا كانوا يتساوون من أصل المال غير مزيد ويقسم الباقي بين الورثه ، لأن نصيب الوارث قبل الوصية من أصل المـال ، فلو أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فالوصية بجميع المـــال ، وان كان له ابنان فالوصية بالنصف ، وان كانوا ثلاثة فالوصية بالثلث ، وقال مالك إن كانوا يتفاضلون نظر الى عددهم فأعطى سهما من عددهم لانه لا يمكن اعتبار أنصبائهم لتفاضلهم فاعتبر عدد رءوسهم .

ولنا أنه جعل وارثه أصلا وقاعدة حمل عليه نصيب الموصى له ، وجعله مثلا له ، وهـذا يقتضي أن لا يزاد أحدهما على صاحبه . ومتى أعطى من أصل المـال فما أعطى مثل نصيبه ولا حصلت له التسوية ، والعبارة تقتضي التسوية ، وإنما جعل له مثل أقلهم نصيبا لانه اليقين وما زاد فشكوك فيه ، فلا يثبت مع الشك ، وقوله « يعطى سهما من عددهم » خلاف مايقتضيه لفظ الموصى ، فإن هذا ليس بنصيب لاحد ورثته ولفظه إنما اقتضى نصيب أحدهم وتفاضلهم لايمنع كون نصيب الاقل نصيب أحدهم فيصرفه الى الوصي لقول الموصى وعملا بمقتضى وصيته ، وذلك أولى من اختراع شيء لا يقتضيه قول الموصى أصلا .

وقوله « تعذر العمل بقول الموصى » غير صحيح ، فإنه أمكن العمل به بما قلناه ثم لو تعذر العمل به ، لمـــا جاز أن يوجب فى ماله حقا لم يأذن فيه ولم يأمر به ، وقد مثل الخرقى فى هذه المسألة بما أغنى عن تمثيلها ، ولو قال : أوصيت بمثل نصيب أقلهم ميراثا كان كما لو أطلق وكان ذلك تأكيداً ، وان قال أوصيت بمثل نصيب أكثرهم ميراثا ، فله ذلك مضافا الى المسألة فيكون له فى مسألة الخرقى ثمانية وعشرون تضم الى الفريضة فيكون الجميع ستين سهما .

(فصل) وان أوصى بنصيب وارث ففيها وجهان .

أحدهما : تصح الوصية ويكون ذلك كالوصية بمثل نصيبه ، وهذا قول مالك وأهل المدينة واللؤلؤى وأهل البصرة وابن أبي ليلى وزفر وداود . والوجه الثانى لا تصح الوصية ، وهو الذى ذكره القاضي : وهو قول أصحاب الشافعي وأبي حنيفة

وصاحبيه ، لأنه أوصى بما هو حق للإبن ، فلم يصح : كما لو قال بدار ابنى أو بما يأخذه ابنى . وجه الأول أنه أمكن تصحيح وصيته بحمل لفظه على مجازه فصح . كما لو طلق بلفظ الكناية أو أعتق . وبيان إمكان التصحيح أنه أمكن تقدير حذف المضاف وإقامة المضاف اليه مقامه أى بمثل نصيب وارثى ، ولأنه لو أوصى بجميع ماله صح . وان تضمن ذلك الوصية بنصيب ورائه كلهم .

(فصل) وان قال أوصيت لك بضعف نصيب ابنى فله مثلا نصيبه . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو عبيدة القاسم بن سلام الضعف المثل . واستدل بقول الله تعالى (يضاعف لها العذاب ضعفين) أى مثلين وقوله (فآتت أكلها ضعفين) أى مثلين . وإذا كان الضعفان مثلين فالواحد مثل

ولنا : أن الضعف مثلان بدليل قوله تعالى (لأذقناك ضعف الحياة وضعف الممات) وقال (فأولئك لهم جزاء الضعف بما عملوا) وقال (وما آتيتم من زكاة تريدون وجه الله فأولئك هم المضعفون) ويروى عن عمر أنه أضعف الزكاة على نصارى بنى تغلب فكان يأخذ من المائتين عشرة . وقال لحذيفة وعثمان بن حنيف ، لعلكما حملتما الأرض مالا تطيق ؟ فقال عثمان لو أضعفت عليها لاحتملت ، وقال الأزهرى : الضعف المثل فما فوقه . وأما قوله ان الضعفين المثلين . فقد روى ابن الأنبارى عن هشام بن معاوية النحوى قال : العرب تتكلم بالضعف مثنى فتقول ان أعطيتنى درهما فلك ضعفاه أى مثلاه . وافراده لا بأس به الا أن التثنية أحسن ، يعنى أن المفرد والمثنى فى هذا بمعنى واحد ، قال أبو عبيدة معمر بن المثنى : ضعف الشيء هو مثله وضعفاه هو مثلاه وثلاثة أضعافه ثلاثة أمثاله وعلى هذا .

(فصــل)

وان قال : أوصيت لك بضعفى نصيب ابنى فله مثلا نصيبه ، وان قال ثلاثة أضعافه فله ثلاثة أمثاله ، هذا الصحيح عندى . وهو قول أبى عبيد ، وقال أصحابنا ان أوصى بضعفيه فله ثلاثة أمثاله . وان أوصى بثلاثة أضعافه فله أربعة أمثاله . وعلى هذا كلما زاده ضعفاً زاد مرة . وهذا قول الشافعى . واحتجوا بقول أبى عبيدة وقد ذكرناه ، وقال أبو ثور : ضعفاه أربعة أمثاله وثلاثة أضعافه ستة أمثاله لأنه قد ثبت أن ضعف الشيء مثلاه فتثنيته مثلا مفرده كسائر الأسماء .

ولنا قول الله تعالى (فآتت أكلها ضعفين) قال عكرمة تحمل فى كل عام مرتين ، وقال عطاء أثمرت فى سنة مثل ثمرة غيرها سنتين : ولا خلاف بين المفسرين فيما علمت فى تفسير قوله تعالى (يضاعف لها العذاب ضعفين) أن المراد به مرتين وقد دل عليه قوله تعالى (نؤتها أجرها مرتين) ومحال أن يجعل أجرها على العمل الصالح مرتين وعذابها على العمل الفاحش ثلاث مرات ، فان الله تعالى انما يريد تضعيف الحسنات على السيئات . وهذا هو المعهود من كرمه وفضله .

وأما قول أبى عبيدة فخالفه فيه غيره وأنكروا قوله ، قال ابن عرفة لا أحب قول أبى عبيدة فى (يضاعف لها العذاب ضعفين) لان الله تعالى قال فى آية أخرى (نؤتها أجرها مرتين) فأعلم أن لها من هذا حظين ومن هذا حظين .

وقد نقل معاوية بن هشام النحوى عن العرب : أنهم ينطقون بالضعف مثنى ومفرداً بمعنى واحد ، وموافقة العرب على لسانهم مع مادل عليه كلام الله تعالى العزيز ، وقول المفسرين من التابعين وغيرهم أولى من قول أبى عبيدة المخالف لذلك كله مع مخالفة القياس ، ونسبة الخطأ اليه أولى من تخطئة ما ذكرناه ، وأما قول أبى ثور فظاهر الفساد لما فيه من مخالفة الكتاب والعرب وأهل العربية ، ولا يجوز التمسك بمجرد القياس المخالف للنقل . فقد يشذ من العربية كلمات تؤخذ نقلا بغير قياس والله أعلم .

(فصل) وان وصى بمثل نصيب من لا نصيب له مثل أن يوصى بنصيب ابنه وهو ممن لا يرث لكونه رقيقا أو مخالفا لدينه أو بنصيب أخيه وهو محجوب عن ميراثه فلا شىء للموصى له لانه لا نصيب له فمثله لا شىء له .

(فصل) وان أوصى لرجل بثلث ولآخر بربع ولآخر بخمس ولآخر بمثل وصية أحدهم فله الخمس . وان وصى لرجل بعشرة ولآخر بستة ولآخر بأربعة ولآخر بمثل وصية أحدهم : فله أربعة لأنها اليقين . وان قال فلان شريكهم فله خمس ما لكل واحد منهم ، وان وصى لاحدهم بمائة ولآخر بدار ولآخر بعبد ثم قال فلان شريكهم فله نصف ما لكل واحد منهم ، ذكرها الخبرى . لأنه ههنا يشارك كل واحد منهم منفرداً والشركة تقتضى التسوية . فلهذا كان له النصف بخلاف الاولين فانهم كلهم مشتركون ، وقال ابن القاسم له الربع فى الجميع .

(فصل) ولو أوصى بمثل نصيب وارث لو كان فقدر الوارث موجوداً وانظر ما للموصى له مع وجوده ، فهو له مع عدمه فإن خلف ابنين وأوصى بمثل نصيب ثالث فللموصى له الربع ولو وصى بمثل نصيب خامس لو كان فللموصى له السدس وعلى هذا أبداً ، ولو خلفت زوجا وأوصت بمثل نصيب أم لو كانت فللموصى له الخمس ، لأن للأم الربع لو كانت فيجعل له سهما مضافا إلى أربعة يكن خمساً فقس على هذا .

(مسألة) قال (وإذا خلف ثلاثة بنين وأوصى لآخر بمثل نصيب أحدهم كان للموصى له الربع)

هذا قول أكثر أهل العلم منهم الشعبي والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، وعند مالك ومن وافقه للموصى له الثلث والباقي بين الابنين وتصح من تسعة ، وقد دللنا على فساده ، ولو خلف ابنا واحداً وأوصى بمثل نصيبه فللموصى له النصف في حال الإجازة والثلث في حال الرد . وعند مالك للموصى له في حال الاجازة جميع المال .

(فصل) فإن خلف بنتا وأوصى بمثل نصيبها فالحكم فيها كالحكم فيما لو كان ابنا عند من يرى الرد لأنها تأخذ المال كله بالفرض والرد ، ومن لا يرى الرد يقتضي قوله أن يكون له الثلث ولها نصف الباقي وما بقي لبيت المال . ويقتضي قول مالك أن للموصى له النصف في حال الاجازة ولها نصف الباقي وما بقي لبيت المال فإن خلف ابنتين وأوصى بمثل نصيب إحداهما فهي من ثلاثة عندنا ويقتضي قول من لا يرى الرد أنها من أربعة لبيت المال الربع ولكل واحد منهم ربعه ، ويقتضي قول مالك أن الثلث للموصى له وللبنتين ثلثا ما بقي والباقي لبيت المال وتصح من تسعة . فإن خلف جدة وحدها وأوصى بمثل نصيبها ، فقياس قولنا أن المال بينهما نصفين . وقياس قول من لا يرى الرد أنها من سبعة لكل واحد منهما السبع والباقي لبيت المال ، وقياس قول مالك أن للموصى له السدس وللجدة سدس ما بقي والباقي لبيت المال .

(فصل) وإذا خلف ثلاثة بنين وأوصى لثلاثة بمثل أنصبائهم فالمال بينهم

على ستة إن أجازوا ، وإن ردوا فمن تسعة للموصى لهم الثلث ثلاثة والباقي بين البنين على ثلاثة فإن أجازوا لواحد وردوا على اثنين فللمردود عليهما التسعان اللذان كانا لهما فى حال الرد عليهم ، وفى المجاز له وجهان .

أحدهما : له السدس الذى كان له فى حال الاجازة للجميع ، وهذا قول أبي يوسف وابن شريح فيأخذ السدس والتسعين من مخرجهما وهو ثمانية عشر يبقى أحد عشر بين البنين على ثلاثة لا يصح فيضرب عددهم فى ثمانية عشر تكن أربعة وخمسين ، للمجاز له السدس تسعة ولكل واحد من صاحبه ستة ولكل ابن أحد عشر .

والوجه الثانى : أن يضم المجاز له إلى البنين ويقسم الباقي بعد التسعين عليهم وهم أربعة لا تنقسم فتضرب أربعة فى تسعة تكن ستة وثلاثين فإن أجاز الورثة بعد ذلك للآخرين أتمو لكل واحد منهم تمام سدس المال فيصير المال بينهم أسداسا على الوجه الأول ، وعلى الوجه الاخر يضمون ما حصل لهم وهو أحد وعشرون من ستة وثلاثين إلى ما حصل لهما وهو ثمانية ويقتسمونه بينهم على خمسة ولا يصح فتضرب خمسة فى ستة وثلاثين تكن مائة وثمانين ومنها تصح ، وإن أجاز أحد البنين لهم ورد الاخران عليهم فللمجيز السدس وهو ثلاثة من ثمانية عشر وللذين لم يجيزوا أربعة أتساع ثمانية تبقى سبعة بين الموصى لهم على ثلاثة اضربها فى ثمانية عشر تكن أربعة وخمسين ، وإن أجاز واحد لواحد دفع إليه ثلث ما فى يده من الفضل وهو ثلث سهم من ثمانية عشر فاضربها فى ثلاثة تكن أربعة وخمسين ، والله أعلم .

(فصل) وإذا وصى لرجل بجزء مقدر ولآخر بمثل نصيب وارث من ورثته ففيها وجهان .

أحدهما . يعطى الجزء لصاحبه ويقسم الباقي بين الورثه والموصى له كأنه ذلك الوارث ان أجازوا ، وان ردوا قسمت الثلث بين الوصيين على حسب ما كان لهما فى حال الاجازة والثلثان بين الورثه .

والوجه الثانى : أن يعطى صاحب النصيب مثل نصيب الوارث ، كأن لا وصية سواها ، وهذا قول يحي بن آدم ، مثاله رجل أوصى بثلث ماله لرجل ولآخر

بمثل نصيب أحد بنيه وهم ثلاثه . فعلى الوجه الأول للموصى له بالثلث الثلث وما بقى بين البنين والوصى على أربعه ، وتصح من ستة لصاحب الثلث سهمان وللآخر سهم إن ردوا ، فالثلث بين الوصيين على ثلاثة . والثلثان بين البنين على ثلاثة ، وتصح من تسعة ، وعلى الوجه الاخر لصاحب الثلث الثلث وللآخر الربع إن أجيز لهما . وإن رد عليهما قسمت الثلث بينهما على سبعة والثلثان للورثه . وتصح من ثلاثه وستين .

وإن كان الجزء يزيد على الثلث مثل أن أوصى لرجل بالنصف ولاخر بمثل نصيب أحد بنيه ففيها وجه ثالث ، وهو أن يجعل لصاحب النصيب نصيبه من الثلثين وهو ربعه . لأن الثلثين حق الورثه لا يؤخذ منها شيء إلا بإجازتهم ورضاهم ، فيكون صاحب النصيب كواحد منهم لا تنقص من السدس شيئاً إلا بإجازته ، فعلى الوجه الأول لصاحب الجزء النصف والباقى بين الاخر والبنين على أربعة ، وتصح من ثمانية إن أجازوا . وإن ردوا قسمت الثلث بين الوصيين على خمسة ، والثلثين بين البنين على ثلاثه ، وتصح من خمسة وأربعين .

وعلى الوجه الثانى لصاحب النصف النصف وللآخر الربع ويبقى الربع بين البنين ، وتصح من اثنى عشر ، وإن ردوا فالثلث بين الوصيين على ثلاثه وتصح من تسعة . وعلى الوجه الثالث لصاحب النصف النصف وللآخر السدس ، ويبقى الثلث بين البنين على ثلاثة ، وتصح من ثمانية عشر . وإن ردوا فالثلث بين الوصيين على أربعة وتصح من ستة وثلاثين . وإن أوصى لصاحب الجزء بالثلثين ، فعلى الوجه الأول لصاحب النصف ربع الثلث سهم من اثنى عشر إن أجازوا ، وإن ردوا قسمت الثلث بين الوصيين على تسعة ، وعلى الوجه الثانى يكون له الربع فى حال الإجازة وفى حال الرد يكون الثلث بين الوصيين على أحد عشر ، وعلى الوجه الثالث يكون له السدس فى الاجازة ، وفى الرد يكون الثلث بين الوصيين على خمسة ، وإن أوصى لرجل بجميع ماله ولاخر بمثل نصيب أحد ورثته ، فعلى الوجه الأول لا يصح للوصى الاخر شيء فى إجازة ولا رد ، وعلى الثانى يقسم الوصيان المال بينهما على خمسة فى الإجازة والثلث على خمسة فى الرد وعلى الثالث يقتسمان المال على سبعة فى الإجازة والثلث على سبعة فى الرد .

(فصل) وإن أوصى لرجل بمثل نصيب وارث ولآخر بجزء مما بقي من المال ففيها أيضاً ثلاثة أوجه .

أحدها : أن يعطى صاحب النصف مثل نصيب الوارث إذا لم يكن ثم وصية أخرى .

والثاني : أن يعطى مثل نصيبه من ثلثي المال .

والثالث : أن يعطى مثل نصيبه بعد أخذ صاحب الجزء وصيته وعلى هذا الوجه يدخلها الدور وعليه التفريع ، ومثاله رجل خلف ثلاثة بنين ووصى بمثل نصيب أحدهم ولآخر بنصف باقي المال . فعلى الوجه الأول لصاحب النصف الربع وللآخر نصف الباقي وما بقي للبنين وتصح من ثمانيه . وعلى الثاني له السدس وللآخر نصف الباقي وتصح من ستة وثلاثين ولا تفريع على هذين الوجهين لوضوحها وأما على الثالث فيدخلها الدور ولعملها طرق .

أحدها : أن تأخذ مخرج النصف فتسقط منه سهما يبقى سهم فهو النصيب ثم تزيد على عدد البنين واحداً تصير أربعة فتضربها فى المخرج تكن ثمانية تنقصها سهما يبقى سبعة فهى المال ، للموصى له بالنصيب سهم وللآخر نصف الباقى وهو ثلاثه ولكل ابن سهم (طريق آخر) أن تزيد على سهام البنين نصف سهم وتضربها فى المخرج تكن سبعة (طريق ثالث) ويسمى المنكوس أن تأخذ سهام البنين وهى ثلاثه فتقول هى بقية مال ذهب نصفه . فإذا أردت تكميله فزد عليه مثله ثم زد عليها مثل سهم ابن تكن سبعة (طريق رابع) أن تجعل المال سهمين ونصيبا وتدفع النصيب إلى صاحبه وإلى الآخر سهما يبقى سهم للبنين يعدل ثلثه فالمال كله سبعة . وبالجبر تأخذ مالا فتلقى منه نصيبا يبقى مال إلا نصيبا وتدفع نصف الباقى إلى الوصى الآخر يبقى نصف مال إلا نصف نصيب يعدل ثلاثة أنصباء فاجبره بنصف نصيب وزده على الثلاثه يبقى نصفا كاملا يعدل ثلاثة ونصفا فالمال كله سبعة .

(فصل) فإن كانت الوصيه الثانيه بنصف ما يبقى من الثلث أخذت مخرج النصف والثلث وهو ستة نقصت منها واحداً يبقى خمسة فهى النصيب ثم تزيد واحداً على سهام البنين وتضربها فى المخرج تكن أربعة وعشرين تنقصها ثلاثة

يبقى أحد وعشرون فهو المال فتدفع الى صاحب النصيب خمسة يبقى من الثلث اثنان تدفع منهما سهما الى الوصى الاخر يبقى خمسة عشر لكل ابن خمسة وبالطريق الثانى تزيد على سهام البنين نصفا وتضربها فى المخرج تكن احدى وعشرين وبالثالث تعمل كما عملت فى الأولى فإذا بلغت سبعة ضربتها فى ثلاثة من أجل أن الوصيه الثانيه بنصف الثلث . وبالرابع تجعل الثلث سهمين ونصيبا تدفع النصيب الى صاحبه والى الاخر سهما يبقى من المال خمسة أسهم ونصيبان تدفع نصيبين الى ابنين يبقى خمسة للثالث فهى النصيب فإذا بسطتها كانت احدى وعشرين . وبالجبر تأخذ مالا فتلقى منه ثلثه نصيبا وتدفع الى الاخر نصف باقى الثلث يبقى من المال خمسة أسداسه الا نصف نصيب اجبره بنصف نصيب وزده على سهام البنين يصير ثلاثة ونصفا تعدل خمسة أسداس ، اقلب وحول يصير النصيب خمسة وكل سهم ستة تكن احدى وعشرين .

(فصل) فان أوصى بربع المال فخذ المخارج وهى اثنان وثلاثة وأربعة واضرب بعضها فى بعض تكن أربعة وعشرين وزد على عدد البنين واحداً تصر أربعة واضربها فى أربعة وعشرين تكن ستة وتسعين انقص منها ضرب نصف سهم فى أربعة وعشرين وذلك اثنى عشر يبقى أربعة وثمانون فهى المال ثم انظر الأربعة وعشرين فانقص منها سدسها لأجل الوصية الثانية وربعها لأجل الوصية يبقى أربعة عشر فهى النصيب فادفعها الى الموصى له بالنصيب ثم ادفع الى الثانى نصف ما يبقى من الثلث وهو سبعة والى الثالث ربع المال احدى وعشرين يبقى اثنان وأربعون لكل ابن أربعة عشر ، وبالطريق الثانى تزيدعلى عدد البنين نصف سهم وتضرب ثلاثة ونصف فى أربعة وعشرين تكن أربعه وثمانين وبالطريق الثالث تعمل فى هذه كما عملت فى التى قبلها ، فإذا بلغت احدى وعشرين ضربتها فى أربعه من أجل الربع تكن أربعه وثمانين وبطريق النصيب تفرض المال ستة أسهم وثلاثة أنصباء تدفع نصيبا الى صاحب النصيب والى الاخر سهما والى صاحب الربع سهما ونصفا وثلاثة أرباع نصيب ويبقى من المال نصيب وربع وثلاثة أسهم ونصف للورثة يعدل ثلاثه أنصباء فأسقط نصيبا وربعا بمثلها

يبقى ثلاثة أسهم ونصف يعدل نصيبا وثلاثة أرباع : فالنصيب اذاً سهمان فابسط الثلاثه الا نصيبا تكن سته ، فصار المال اثنى عشر : ومنها يصح لصاحب النصيب سهمان وللآخر نصف باقى الثلث سهم ولصاحب الربع ثلاثه تبقى سته لكل ابن سهمان . وهذا أخصر وأحسن . وبالجبر تأخذ مالا تدفع منه نصيباً يبقى مال الا نصيبا تدفع نصف باقى ثلثه وهو سدس الا نصف نصيب يبقى من المال خمسة أسداس الا نصف نصيب تدفع منها ربع المال يبقى ثلث وربعه الا نصف نصيب يعدل ثلاثة أنصباء اجبر وقابل وقلب وحول يكن النصيب سبعة والمال اثنين وأربعين ثم تضربها فى اثنين ليزول الكسر يرجع الى أربعة وثمانين .

(فصل) فان كانت الوصية الثالثة بربع مابقى من المال بعد الوصيتين الأولين فاعملها بطريق النصيب كما ذكرنا يبقى معك ثلاثة أسهم وثلاثة أرباع تعدل نصيبا ونصفا ابسطهما أرباعا تكن السهام خمسة عشر والانصباء سته توافقهما وتردهما الى وفقيهما تصير خمسة أسهم تعدل نصيبين أقلب واجعل النصيب خمسه والسهم اثنين وابسط ما معك يصر سبعه وعشرين فادفع خمسه الى صاحب النصيب والى الآخر نصف باقى الثلث سهمين والى الآخر ربع الباقى خمسه يبقى خمسة عشر لكل ابن خمسه ، وهذا الطريق أخصر

وان عملت بالطريق الثانى أخذت أربعة وعشرين فنقصت سدسها وربع الباقى يبقى خمسة عشر فهى النصيب ، ثم زدت على عدد البنين سهما ونقصت نصفه وربع الباقى منه يبقى ثلاثة أثمان ردها على سهام البنين تكن ثلاثه ، وثلاثة أثمان تضربها فى أربعه وعشرين تكن احدى وثمانين ، ومنها تصح وبالجبر تفضى الى ذلك أيضا .

(فصل) وان خلف أما وأختا وعماً وأوصى لرجل بمثل نصيب العم وسدس ما يبقى ، ولآخر بمثل نصيب الام وربع ما يبقى ولاخر بمثل نصيب الاخت وثلث ما يبقى فاعملها بالمنكوس وقل أصل المسأله سته فابدأ بآخر الوصايا فقل هذا مال ذهب ثلثه فزد عليه نصفه ثلاثه ومثل نصيب الاخت ثلاثه صارت اثنى عشر ، ثم قل هذا بقية مال ذهب ربعه فزد عليه ثلثه ومثل نصيب الام سته صار ثمانيه : ثم

قل هذا بقية مال ذهب سبعه فزد عليه سدسه ونصيب العم صار اثنين وعشرين ، ومنه تصح .

(فصل في الاستثناء) إذا خلف ثلاثة بنين وأوصى بمثل نصيب أحدهم الا ربع المال فخذ مخرج الكسر أربعه وزد عليها سهما تكن خمسه ، فهذا النصيب ، وزد على عدد البنين واحدا واضربه في مخرج الكسر تكن ستة عشر تدفع الى الوصى خمسه وتستثنى منه أربعه يبقى لهم سهم ولكل ابن خمسه . وان شئت خصصت كل ابن بربع وقسمت الربع الباقى بينه وبينهم على أربعه ، فإن قال إلا ربع الباقى بعد النصيب فرد على سهام البنين سهما وربعا واضربه في أربعه تكن سبعة عشر ، للوصى سهمان ولكل ابن خمسه وبالجبر تأخذ مالا وتدفع منه نصيبا الى الموصى له وتستثنى منه ربع الباقى وهو ربع مال الا ربع نصيب صار معك مال وربع الا نصيبا وربعا يعدل أنصباء البنين وهى ثلاثه . اجبر وقابل يخرج النصيب خمسه والمال سبعة عشر ، فإن قال الا ربع الباقى بعد الوصيه جعلت المخرج ثلاثه وزدت عليه ثلثه صار أربعه فهو النصيب وتزيد على عدد البنين نصيبا وثلثا وتضربه في ثلاثه تكن ثلاثة عشر فهو المال ، وان شئت قلت المال كله ثلاثه أنصباء ووصيه ، والوصيه هى نصيب الا ربع الباقى بعدها وذلك ثلاثه أرباع نصيب فيبقى ربع نصيب فهو الوصيه وتبين ان المال كله ثلاثه وربع أبسطها تكن ثلاثة عشر : ولهذه المسائل طرق سوى ما ذكرنا .

(فصـــل) وان قال أوصيت لك بمثل نصيب أحد بنى الا ثلث ما يبقى من الثلث فخذ مخرج الكسر ثلث الثلث وهو تسعه وزد عليها سهما تكن عشرة فهى النصيب ، وزد على أنصباء البنين سهما وثلثا واضرب ذلك فى تسعه تكن تسعه وثلاثين ادفع عشرة الى الوصى واستثنى منه ثلث بقية الثلث سهم يبقى له تسعه ولكل ابن عشرة ، وان قال إلا ثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصية جعلت المـال ستة وزدت عليها سهما صارت سبعة ، فهذا هو النصيب وزدت على أنصباء البنين سهما ونصفا وضربته فى سته صـــار سبعه وعشرين ودفعت إلى الوصى سبعه وأخذت واحدة من نصف بقية الثلث بقى معه سته وبقى أحد وعشرون لكل ابن سبعه وانما كان كذلك لأن الثلث بعد الوصيه هو النصف بعد النصيب ومتى

أطلق الاستثناء فلم يقل بعد النصيب ولا الوصيه : فعند الجمهور يحمل على ما بعد النصيب ، وعند محمد بن الحسن والبصريين يكون بعد الوصيه

(فصل) فإن قال إلا خمس ما يبقى من المال بعد النصيب ولآخر بثلث ما يبقى من المـال بعد وصية الأول فخذ الجميع خمسه وزد عليها خمسها تكن سته انقص ثلثها من أجل الوصيه بالثلث يبقى أربعه فهي النصيب . ثم خذ سهما وزد عليه خمسه وانقص من ذلك ثلثه يبق أربعة أخماس زدها على أنصباء البنين واضربها فى خمسة تصر تسعة عشر فهى المـال . ادفع الى الأول أربعة واستثن منه خمس الباقى ثلاثه يبق معه سهم فادفع الى الآخر ثلث الباقى سته يبقى اثنى عشر لكل ابن أربعه وبالجبر خذ مالا وألق منه نصيبا واسترجع منه خمس الباقى يصر معك مال وخمس إلا نصيبا وخمسا ألق منه ثلث ذلك يبق أربعة أخماس مال إلا أربعة أخماس نصيب تعدل ثلاثة أنصباء اجبر وقابل وابسط يكن المـال تسعة عشر والنصيب أربعة ، وان شئت قلت أنصباء البنين ثلاثه وهى بقية مال ذهب ثلثه فزد عليه نصفه يصر أربعة أنصباء ونصفا ووصية . والوصيه هى نصيب الا خمس الباقى وهو نصف نصيب وخمس نصيب وخمس وصيه أسقطه من النصيب يبقى خمس نصيب وعشر نصيب الا خمس وصيه تعدل وصيه ، اجبر وقابل وابسط تصر ثلاثه من النصيب تعدل اثنى عشر سهما من الوصيه وهى تتفق بالأثلاث فردها على وفقها يصير سهما يعدل أربعه ، فالوصيه سهم والنصيب أربعه فابسطها تكن أربعة عشر فإن كان الاستثناء بعد الوصيه قلت المال أربعة أسهم ونصف ووصيه وهى نصيب إلا خمس الباقى وهو تسعة أعشار نصيب يبقى عشر نصيب فهو الوصيه . فابسط الكل أعشارا تكن الأنصباء خمسة وأربعين والوصيه سهم . وان كان استثنى خمس المال كله فالوصيه عشر نصيب الا خمس وصيه اجبر يصر العشر يعدل وصية وخمسا ابسط يصير النصيب ستين والوصيه خمسه والمـال كله مائتان وخمسه وسبعون ألق منها ستين واسترجع منه خمس المال وهو خمسة وخمسون يبقي له خمسة وللآخر ثلثا الباقى تسعون ويبقى مئة وثمانون لكل ابن ستون وترجع بالاختصار الى خمسها وذلك خمسة وخمسون للوصى الأول سهم وللثانى

ثمانية عشر لكل ابن اثنتا عشر وبالجبر تأخذ مالا تلقى منه نصيبا وتزيد على المال خمسه يصير مالا وخمسا الا نصيبا الق ثلث ذلك يبق أربعة أخماس مال الا ثلثي نصيب يعدل ثلاثه اجبر وقابل وابسط يكن المال ثمانية عشر وثلثا اضربها فى ثلاثه ابزول الكسر يصر خمسة وخمسين . وان كان استثنى الخمس كله وأوصى بالثلث كله ، فخذ مخرج الكسرين خمسة عشر وزد عليها خمسها ثم انقص ثلث المال كله يبق ثلاثة عشر فهى النصيب ، وزد على أنصباء البنين سهما واضربه فى المال يكن ستين وهو المال ، وان كان استثنى خمس الباقى وأوصى بثلث المال كله فالعمل كذلك الا أنك تزيد على سهام البنين سهما وخمسا وتضربها تكن ثلاثه وستين ، وان كان استثنى خمس مابقي من الثلث زدت على الخمسة عشر سهما واحدا فصار ستة عشر ، ثم نقصت ثلث المال كله بقى أحد عشر فهو النصيب ، ثم زدت سهام البنين سهما وخمسا وضربتها فى خمسة عشر تكن ثلاثه وستين تدفع الى الوصى الأول أحد عشر وتستثنى منه خمس بقية الثلث سهمين يبقى معه تسعه ، وتدفع الى صاحب الثلث احدى وعشرين يبقى ثلاثه وثلاثون لكل ابن أحد عشر ، فإن كانت الوصيه الثانيه بثلث باقى المال زدت على الخمسة عشر واحدا ثم نقصت ثلث الستة عشر ولا ثلث لها فاضربها فى ثلاثه تكن ثمانية وأربعين انقص ثلثها يبقى اثنان وثلاثون فهى النصيب ، وخذ سهما وزد عليه خمسه ، ثم انقص ثلث ذلك من أجل الوصيه بثلث الباقى يبقى أربعة أخماس زدها على سهام الورثه واضربها فى خمسه وأربعين تكن مائة واحدى وسبعين منها تصح

(فصل) فإن خلف أربعة بنين وأوصى لرجل بثلث ماله الا نصيب أحدهم أو أوصى له بتكملة الثلث على نصيب أحدهم فله التسع ، وحسابها أن تدفع الى الوصى وابن ثلث المال يبقى ثلثاه لثلاثه بنين لكل واحد تسعان ، فعلمت أن نصيب الابن من الثلث تسعان يبقى تسع للوصى، وان وصى لآخر بخمس مايبقى من المال بعد الوصية الأولى عزلت ثلث المال ثم أخذت منه نصيبا ورددته على الثلثين ودفعت الى الوصى الثانى خمس ذلك يبقى من المال ثلثه وخمسه وأربعة أخماس نصيب للورثه فاسقط أربعة أخماس نصيب بمثلها يبقى له ثلاثه وخمس

تعدل ثلثا وخمسا فنصف المال اذا يعدل ثلاثة أنصباء والمال كله ستة للوصيين والبنين لكل واحد سهم

(طريق آخر) سهام البنين أربعة وهي بقية مال ذهب خمسه فزد عليه ربعه للوصي الثاني صارت خمسه ثم زد على سهم ابن ما يكمل به الثلث وهو سهم آخر فصارت سته، وان شئت فرضت المال خمسة أسهم وتكملة ودفعت التكملة الى صاحبها وخمس الباقي الى صاحبه ويبقى لكل ابن سهم ، وقد علمت أن سهم ابن مع التكملة ثلث المال وأن الباقي بعدهما الثلثان وهي أربعة أسهم فقابل بهما نصف الأربعة وهي سهمان فتبين أن التكملة سهم

(فصل) وان أوصى لرجل بمثل نصيب أحد بنيه وهم ثلاثة ولآخر بثلث مايبقى من الثلث ولآخر بدرهم فاجعل المال تسعة دراهم وثلاثة أنصبا فادفع الى الوصي الأول نصيبا والى الثاني والثالث درهمين بقي سبعه ونصيبان ادفع نصيبين الى ابنين يبقى سبعه للإبن الثالث فالنصيب سبعة والمال ثلاثون فإن كانت الوصيه الثالثه بدرهمين فالنصيب سته والمال سبعه وعشرون .

(فصل)

وان ترك ستمائه ووصى لأجنبي بمائه ولآخر بتمام الثلث فلكل واحد منهما مائه فإن رد الاول وصيته فللآخر مائه ، وان وصى للأول بمائتين وللآخر بباقي الثلث فلا شيء للثاني سواء رد الأول وصيته أو أجازها ، وهذا قياس قول الشافعي وأهل البصرة ، وقال أهل العراق ان رد الأول فللثاني مائتان في المسألتين ولنا أن المائتين ليست باقي الثلث ولا تتمته فلا يكون موصى بها للثاني كما لو قبل الأول ، ولو وصى لوارث بثلثه ولآخر بتمام الثلث فلا شيء للثاني وعلى قول أهل العراق له الثلث كاملا .

(فصل) وان أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بمائة ولثالث بتمام الثلث على المائه ولم يزد الثلث على مائه بطلت وصية التمام ، وان زاد على مائه وأجاز الورثة أمضيت وصاياهم على ما أوصى لهم به وان ردوا ففيه وجهان .

أحدهما : يرد كل واحد منهما الى نصف وصيته لان الوصايا رجعت الى نصفها فيدخل النقص على كل واحد بقدر ماله في الوصية كسائر الوصايا .

والثانى : لا شيء لصاحب التمام حتى تكمل المائة لصاحبها ثم يكون الثلث بين الوصيين الاخرين نصفين ويزاحم صاحب المائة صاحب التمام ولا يعطيه شيئاً لأنه إنما يستحق بعد تمام المائة لصاحبها وما تمت له ويجوز أن يزاحم به ولا يعطيه كالأخ من الابوين يزاحم الجد بالأخ من الاب ولا يعطيه شيئاً .

« مسألة » قال (وإذا أوصى لزيد بنصف ماله ولعمرو بربع ماله ولم يجز ذلك الورثة فالثلث بينهما على ثلاثة أسهم : لعمرو سهم ولزيد سهمان)

وجملته : أنه إذا أوصى بأجزاء من المال أخذتها من مخرجها وقسمت الباقى على الورثة . وان لم يجيزوا قسمت الثلث بين الاوصياء على قدر سهامهم فى حال الإجازة وقسمت الثلثين على الورثة ، ولا فرق بين أن يكون الموصى لهم من تجاوز وصيته الثلث أو لا ، هذا قول الجمهور منهم الحسن والنخعى ومالك وابن أبى ليلى والثورى والشافعى وإسحاق وأبى يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة وأبو ثور وابن المنذر : لا يضرب الموصى له فى حال الرد بأكثر من الثلث ، لان ما جاوز الثلث باطل ، فكيف يضرب به ؟

ولنا أنه فاضل بينهما فى الوصية فلم تجز التسوية كما لو وصى بثلث وربع أو بمائة ومائتين ومالة أربعمائة وهذا يبطل ما ذكروه ، ولأنها وصية صحيحة ضاق عنها الثلث فتقسم بينهم على قدر الوصايا كالثلث والربع وليس الأمر على ما قالوه فى بطلان الوصيه فإن الوصيه صحيحه على ما ذكرناه فيما مضى .

فعلى هذا إذا أوصى لزيد بنصف ماله ولعمرو بربعه فللموصى لهما ثلاثة أرباع المال ان أجاز الورثة ويبقى لهم الربع ، وان ردوا فالثلث بين الوصيين على ثلاثة ، والمسألة كلها من تسعة ، وان أجازوا لأحدهما دون صاحبه ضربت مسألة الرد فى مسألة الاجازة وأعطيت المجاز له سهمه من مسألة الاجازة فى مسألة الرد والمردود عليه سهمه من مسألة الرد مضروبا فى مسألة الإجازة ، وان أجاز بعض الورثة لهما ورد الباقون عليهما أعطيت المجيز سهمه من مسألة الإجازة فى مسألة الرد ومن لم يجز سهمه من مسألة الرد مضروبا فى مسألة الإجازة وقسمت الباقى بين الوصيين على ثلاثة .

وان اتفقت المسألتان ضربت وفق احداهما في الاخرى ومن له سهم من احدى المسألتين مضروب في وفق الاخرى .

وان دخلت احدى المسألتين في الاخرى اجتزأت بأكثرهما ، ففي مسألة الخرقي هذه اذا كان الورثة أماً وثلاث أخوات متفرقات فأجازوا فالمسألة من أربعة : للوصيين ثلاثة يبقى سهم على ستة تضربها في أربعة تكن أربعة وعشرين وان ردوا فللوصيين الثلث ثلاثة ويبقى ستة على المسألة وهي ستة وتصح من تسعة ، وان أجازوا لصاحب النصف وحده ضربت وفق التسعة في أربعة وعشرين تكن اثنين وسبعين لصاحب النصف اثنا عشر في ثلاثة ستة وثلاثون وللآخر سهم في ثمانية ثمانية يبقى ثمانية وعشرون للورثة وان أجازت الام لهما ورد الباقون عليهما أعطيت الأم سهما في ثلاثة والباقين خمسة أسهم في ثمانية صار الجميع ثلاثة وأربعين يبقى تسعة وعشرون بين الوصيين على ثلاثة .

وان أجازت الأخت من الأبوين وحدها فلها تسعة والباقي للورثة أربعة وعشرون ويبقى تسعة وثلاثون لهما على ثلاثة لصاحب النصف ستة وعشرون وللآخر ثلاثة عشر .

(فصل)

اذا جاوزت الوصايا المال فاقسم المال بينهم على قدر وصاياهم مثل العول واجعل وصاياهم كالفروض التي فرضها الله تعالى للورثة اذا زادت على المال ، وان ردوا قسمت الثلث بينهم على تلك السهام . وهذا قول النخعي ومالك والشافعي ، وقال سعيد بن منصور حدثنا أبو معاوية حدثنا عاصم الثقفي قال : قال لي ابراهيم النخعي : ما تقول في رجل أوصى بنصف ماله وثلث ماله وربع ماله ؟ قلت لا يجوز ، قال فإنهم قد أجازوا ، قلت لا أدري ؟ قال امسك اثني عشر فاخرج نصفها ستة وثلثها أربعة وربعها ثلاثة فاقسم المال على ثلاثة عشر فلصاحب النصف ستة ولصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة .

وكان أبو حنيفة يقول : يأخذ أكثرهم وصية مما يفضل به على من دونه ثم يقتسمون الباقي ان أجازوا وفي الرد لا يضرب لأحدهم بأكثر من الثلث ، وان نقص بعضهم عن الثلث أخذ أكثرهم مايفضل به على من دونه ، ومثال ذلك

رجل أوصى بثلثى ماله ونصفه وثلثه فالمال بينهم على تسعة فى الإجازة والثلث بينهم كذلك فى الرد كمسألة فيها زوج وأختان لأب وأختان لأم .

وقال أبو حنيفة : صاحب الثلثين يفضلهما بسدس فيأخذه وهو وصاحب النصف يفضلان صاحب الثلث بسدس فيأخذانه بينهما نصفين ويقتسمون الباقى بينهم أثلاثا ، وتصح من ستة وثلاثين : لصاحب الثلثين سبعة عشر ولصاحب النصف أحد عشر ، ولصاحب الثلث ثمانية ، وان ردوا قسم بينهم على ثلاثة ، ولو أوصى لرجل بجميع ماله ولآخر بثلثه فالمال بينهما على أربعة إن أجازوا والثلث بينهما كذلك فى حال الرد .

وعند أبى حنيفة ان أجازوا فلصاحب المال الثلثان يتفرد بهما ويقاسم صاحب الثلث فيحصل له خمسة أسداس ولصاحب الثلث السدس وان ردوا اقتسما الثلث نصفين فلا يحصل لصاحب الثلث الا السدس فى الإجازة والرد جميعاً . ولو جعل مكان الثلث سدسا لكان لصاحب المال خمسة أسداسه فى الإجازة ويقاسم صاحب السدس فيأخذ نصفه ويبقى لصاحب السدس نصفه سهم من اثنى عشر وفى الرد يقتسمان الثلث بينهما أثلاثا فيجعل لصاحب السدس التسع سهم من تسعة وذلك أكثر مما حصل له فى الاجازة، وهذا دليل على فساد هذا القول لزيادة سهم الموصى له فى الرد على حالة الاجازة ومتى كان للموصى له حق فى حال الرد لا ينبغى أن يتمكن الوارث من تغييره ولا تنقيصه ولا أخذه منه ولا صرفه الى غيره مع أن ما ذهب اليه الجمهور نظيره مسائل العول فى الفرائض والديون على المفلس وما ذكروه لا نظير له مع أن فرض الله تعالى للوارث آكد من فرض الموصى ووصيته ثم إن صاحب الفضل فى الفرض المفروض لا ينفرد بفضله فكذا فى الوصايا

فصل

وإذا خلف ابنين وأوصى لرجل بماله كله ولآخر بنصفه فالمال بين الوصيين على ثلاثة ان أجازا لأنك إذا بسطت المال من جنس الكسر كان نصفين فإذا ضممت النصف الآخر صارت ثلاثة فيقسم المال على ثلاثة ويصير النصف ثلثا كمسألة فيها زوج وأم وثلاث أخوات متفرقات فإذا ردوا فالثلث بينهما على ثلاثة وإن أجازوا لصاحب النصف وحده فلصاحب المال التسعان ولصاحب النصف النصف

فى أحد الوجهين لأنه موصى له به وإنما منعه أخذه فى حال الاجازة لهما مزاحمة صاحبه فإذا زالت مزاحمته أخذ جميع وصيته .

والثانى : ليس له الا الثلث الذى كان له فى حال الاجازة لهما ، لأن مازاد على ذلك انما كان حقا لصاحب المـــال أخذه الورثة منه بالرد عليه فأخذه الوارثان ، وان أجاز لصاحب الكل وحده فله ثمانية أتساع على الوجه الأول والتسع للآخر وعلى الوجه الثانى ليس له الا الثلثان اللذان كانا له حال الاجازة لهما والتسعان للورثة ، فإن أجاز أحد الابنين لهما دون الاخر فلا شيء للمجيز وللآخر الثلث والثلثان بين الوصيين على أربعة ، وان أجاز أحدهما لصاحب المال وحده فللآخر التسع وللابن الاخر الثلث والباقى لصاحب المال فى أحد الوجهين . وفى الاخر له أربعة أتساع والتسع الباقى للمجيز ، وان أجاز لصاحب النصف وحده دفع اليه نصف ما يتم به النصف وهو تسع ونصف سدس فى أحد الوجهين . وفى الاخر يدفع اليه التسع فيصير له تسعان ولصاحب المال تسعان وللمجيز تسعان والثلث للذى لم يجز ، وتصح من تسعة .

وعلى الوجه الاول تصح من ستة وثلاثين للذى لم يجز اثنا عشر وللمجيز خمسة ولصاحب النصف أحد عشر ولصاحب المـال ثمانية ، وذلك لأن مسألة الرد من تسعة لصاحب النصف منها سهم ، فلو أجاز له الابنان كان له تمام النصف ثلاثة ونصف ، فإذا أجاز له أحدهما لزمه نصف ذلك وهو سهم وثلاثة أرباع سهم فيضرب مخرج الربع فى تسعة يكن ستة وثلاثين .

مسألة ، قال (واذا أوصى لولد فلان فهو للذكر والأنثى بالسوية ، وان قال لبنيه فهو للذكور دون الاناث) .

أما اذا أوصى لولده أو لولد فلان فإنه للذكور والاناث والخناثى ، لا خلاف فى ذلك ، لأن الاسم يشمل الجميع ، قال الله تعالى (يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) وقال الله تعالى (ما اتخذ الله من ولد) نفى الذكر والأنثى جميعا ، وان قال لبنى أو بنى فلان فهو للذكور دون الاناث والخناثى ، هذا قول الجمهور ؛ وبه قال الشافعى وأصحاب الرأى .

وقال الحسن واسحاق وأبو ثور : هو للذكر والأنثى جميعا ، لأنه لو أوصى لبني فلان وهم قبيلة دخل فيه الذكر والانثى . وقال الثوري : ان كانوا ذكوراً واناثا فهو بينهم ، وان كن بنات لا ذكر معهن فلا شيء لهن ، لأنه متى اجتمع الذكور والاناث غلب لفظ التذكير ودخل فيه الاناث، كلفظ المسلمين والمشركين

ولنا أن لفظ البنين يختص الذكور، قال الله تعالى (اصطفى البنات على البنين؟) وقال تعالى (أم اتخذ مما يخلق بنات وأصفاكم بالبنين ؟) وقال (زين للناس حب الشهوات من النساء والبنين) وقال (المال والبنون زينة الحياة الدنيا) وقد أخبر أنهم لا يشتهون البنات فقال (ويجعلون لله البنات سبحانه ولهم ما يشتهون ، واذا بشر أحدهم بالأنثى) الآية . وانما دخلوا في الاسم اذا صاروا قبيلة ، لأن الاسم نقل فيهم عن الحقيقة الى العرف ، ولهذا تقول المرأة: انا من بني فلان اذا انتسبت الى القبيلة ، ولا تقول ذلك اذا انتسبت الى أبيها

(فصل) وان أوصى لبنات فلان دخل فيه الاناث دون غيرهن ، لا نعلم فيه خلافا ، ولا يدخل فيهن الخنثى المشكل لأنا لا نعلم كونه أنثى

(فصـــل)

وان أوصى لولد فلان أو لبني فلان ولم يكونوا قبيلة فهو لولده لصلبه ، وأما أولاد أولاده فان كانت قرينة تدل على دخولهم مثل أن يوصي لولد فلان وليس له الا أولاد أولاده أو قال : ولا يعطى ولد البنات شيئا ، أو قال الا ولد فلان ، أو فضلوا ولد فلان على غيرهم ونحو ذلك دخلوا ، لأن اللفظ يحتملهم والقرينة صارفة له اليهم فصار كالتصريح بهم ، وان دلت القرينة على اخراجهم فلا شيء لهم ، وان انتفت القرائن لم يدخلوا في الوصية ، لأن اسم الولد حقيقة عبارة عن ولد الصلب .

فإن قيل فقد دخلوا في قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) . قلنا انما دخلوا فيه اذا لم يكن ثم ابن من ولد الصلب ودخلوا مع الاناث على أنهم انما يرثون ما فضل عن البنات على ما ذكر تفصيله في الفرائض ولا يمكن ذلك ههنا فانتفى دخولهم ، ويحتمل أن يدخل ولد البنين في الوصية اذا لم

تكن قرينة تخرجهم لأنهم دخلوا فى اسم الولد فى كل موضع ذكره الله تعالى من الإرث والحجب وغيره

(فصل وان وصى لولد فلان أو بنى فلان وهم قبيلة كبنى هاشم وبنى تميم دخل فيهم الذكر والأنثى والخنثى ويدخل ولد الرجل معه ولا يدخل فيه ولد بناتهم لأن ذلك اسم للقبيلة ذكرها وأنثاها قال الله تعالى (يا بنى آدم) (ولقد كرمنا بنى آدم) يريد الجميع وقال (ولقد آتينا بنى اسرائيل الكتاب) وروى أن جوارى من الانصار قلن :

نحن جوار من بنى النجار يا حبذا محمد من جار

ويقال : امرأة من بنى هاشم : ولا يدخل ولد البنات فيهم لأنهم لا ينتسبون الى القبيلة .

(فصل وان أوصى لأخواته فهو للاناث خاصة وان أوصى لإخوته دخل فيه الذكر والانثى جميعاً لان الله تعالى قال (وان كانوا اخوة رجالا ونساء) وقال (فإن كان له اخوة فلأمه السدس) وأجمع العلماء على حجبها بالذكر والانثى ، وان قال لعمومته فالظاهر أنه مثل الاخوة يشمل الذكر والانثى لانهم اخوة أبيه ؛ وان قال لبنى اخوته أو لبنى عمه فهو للذكور دون الاناث اذا لم يكونوا قبيلة ، والفرق بينهما أن الاخوة والعمومة ليس لهما لفظ موضوع يشمل الذكر والانثى سوى هذا اللفظ ، وبنو الاخوة والعم لهم لفظ يشمل الجميع وهو لفظ الاولاد ، فإذا عدل عن اللفظ العام الى لفظ البنين دل على ارادة الذكور : ولان لفظ العمومة أشبه بلفظ الاخوة ولفظ بنى الاخوة والعم يشبه بنى فلان وقد دللنا عليهما والحكم فى تناول اللفظ للبعيد من العمومة وبنى العم والاخوة حكم ما ذكرنا فى ولد الولد مع القرينة وعدمها .

(فصل) وألفاظ الجموع على أربعة أضرب .

أحدها : ما يشمل الذكر والانثى بوضعه كالاولاد والذرية والعالمين وشبهه .

والثانى : موضوع للذكور ويدخل فيه الاناث اذا اجتمعوا كلفظ المسلمين والمؤمنين والقانتين والصابرين والصادقين والذميين والمشركين والفاسقين ونحوه وكذلك ضمير المذكر كالواو فى قاموا والتاء والميم فى قمتم وهم مفردة وموصولة

والكاف والميم فى لكم وعليكم ونحوه ، فهذا متى اجتمع الذكور وعليه الاناث وغلب لفظ التذكير فيه ودخل فيه الذكر والانثى .

والثالث : ضرب يختص الذكور كالبنين والذكور والرجال والغلمان فلا يدخل فيه الا الذكور .

والرابع : لفظ يختص النساء كالنساء والبنات والمؤمنات والصادقات والضمائر الموضوعة لهن ، فلا يتناول غير الاناث .

(فصل) وان وصى للأرامل فهو للنساء اللاتى فارقهن أزواجهن بموت أو غيره ، قال أحمد فى رواية حرب . وقد سئل عن رجل أوصى لأرامل بنى فلان فقال قد اختلف الناس فيها . فقال قوم هو للرجال والنساء والذى يعرف فى كلام الناس أن الارامل النساء ، وقال الشعبي واسحاق : هو للرجال والنساء ، وأنشد أحدهما :

هذى الارامل قد قضيت حاجتها فمن لحاجة هذا الارمل الذكر ؟

وقال الآخر :

أحب أن أصطاد ظبيا سخبلا رعى الربيع والشتاء أرملا

ولنا أن المعروف فى كلام الناس أنه النساء فلا يحمل لفظ الموصى الا عليه ، ولان الارامل جمع أرملة فلا يكون جمعا للذكر لان ما يختلف لفظ الذكر والانثى فى واحده يختلف فى جمعه ، وقد أنكر ابن الانبارى على قائل القول الآخر وخطأه فيه ، والشعر الذى احتج به حجة عليه ، فإنه لو كان لفظ الارامل يشمل الذكر والانثى لقال حاجتهم اذ لا خلاف بين أهل اللسان فى أن اللفظ متى كان للذكر والانثى ثم رد عليه ضمير غلب فيه لفظ التذكير وضميره ، فلما رد الضمير على الاناث علم أنه موضوع لهن على الانفراد وسمى نفسه أرملا تجوزا تشبيها بهن ولذلك وصف نفسه بأنه ذكر ويدل على ارادة المجاز أن اللفظ عند اطلاقه لا يفهم منه الا النساء ولا يسمى به فى العرف غيرهن وهذا دليل على أنه لم يوضع لغيرهن ، ثم لو ثبت أنه فى الحقيقة للرجال والنساء لكن قد خص به أهل العرف النساء وهجرت به الحقيقة حتى صارت مغمورة لا تفهم من لفظ المتكلم ولا يتعلق بها حكم كسائر الالفاظ العرفية .

فصل

فأما لفظة الأيامى فهو كالأرامل لأنه لكل امرأة لا زوج لها ، قال الله تعالى (وأنكحوا الأيامى منكم) وفى بعض الحديث « أعوذ بالله من بوار الأيم » وقال أصحابنا هو للرجال والنساء الذين لا أزواج لهم لما روى عن سعيد ابن المسيب قال : آمت حفصة بنت عمر من زوجها ، وآم عثمان من رقية وقال الشاعر :

فإن تنكحى أنكح وإن تتأيمى وإن كنت أفتى منكم أتأيم

ولنا أن العرف يخص النساء بهذا الاسم والحكم للاسم العرفى وقول النبى صلى الله عليه وسلم « أعوذ بالله من بوار الأيم » إنما أراد به المرأة فإنها التى توصف بهذا ويضر بوارها .

(فصل) والعزاب هم الذين لا أزواج لهم من الرجال والنساء ، يقال رجل عزب وامرأة عزبة وإنما سمي عزبا لانفراده . وكل شىء انفرد فهو عزب ، قال ذو الرمة يصف ثورا من الوحش انفرد .

يجلو البوارق عن مجلمز لهق كأنه متقبي يلمق عزب

ويحتمل أن يختص العزب بالرجال لأنه فى العرف كذلك ، والثيب والبكر يشترك فيه الرجل والمرأة . قال النبي صلى الله عليه وسلم « البكر بالبكر جلد مائة ونفى سنة ، والثيب بالثيب الجلد والرجم » والعانس من الرجال والنساء الذى كبر ولم يتزوج ، قال قيس بن رفاعة الواقفى :

فينا الذى هو ما إن طر شاربه والعانسون وفينا المرد والشيب

والكهول الذين جاوزوا الثلاثين قال الله تعالى (ويكلم الناس فى المهد وكهلا) قال المفسرون : ابن ثلاثين مأخوذ من قولهم اكتهل النبات إذا تم وقوى ثم لا يزال كهلا حتى يبلغ خمسين ثم يشيخ ثم لا يزال شيخا حتى يموت .

(فصل) وإذا أوصى لجماعة لا يمكن حصرهم واستيعابهم كالقبيلة العظيمة والفقراء والمساكين صح . وأجزأ الدفع إلى واحد منهم ، وبه قال الشافعى فى أحد الوجهين إلا أنه قال يدفع إلى ثلاثة منهم لأنه أقل الجمع ، وقال أبو حنيفة : لا تصح

الوصية للقبيلة التي لا يمكن حصرها لأنها يدخل فيها الأغنياء والفقراء واذا وقعت للأغنياء لم تكن قربة وإنما تكون حقا لآدمي وحقوق الادميين اذا دخلت فيها الجهالة لم تصح كما لو أقر لمجهول .

ولنا أن كل وصية صحت لجماعة محصورين صحت لهم وان لم يكونوا محصورين كالفقراء . وما ذكروه غير صحيح ، فإن الوصية للأغنياء قربة ، وقد ندب النبي صلى الله عليه وسلم الى الهدية . وان كانت لغني ، وأما جواز الدفع الى واحد فبنى على الدفع في الزكاة ، وقد مضى الكلام فيه هناك

« مسألة » قال (والوصية بالحمل وللحمل جائزة اذا أتت به لأقل من ستة أشهر منذ تكلم بالوصية)

أما الوصية بالحمل فتصح اذا كان مملوكا بأن يكون رقيقا أو حمل بهيمة مملوكة له لأن الغرر والخطر لا يمنع صحة الوصية لجرى مجرى اعتاق الحمل فإن انفصل ميتا بطلت الوصية وان انفصل حيا وعلمنا وجوده حال الوصية أو حكمنا بوجوده صحت الوصية وإن لم يكن كذلك لم تصح لجواز حدوثه ، ولو قال أوصيت لك بما تحمل جاريتي هذه أو ناقتي هذه أو نخلتي هذه جاز لما ذكرنا من صحتها مع الغرر ، وأما الوصية للحمل فصحيحة أيضا لا نعلم فيه خلافا ، وبذلك قال الثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي .

وذلك لأن الوصية جرت مجرى الميراث من حيث كونها انتقال المال من الانسان بعد موته إلى الموصى له بغير عوض كانتقاله الى وارثه ، وقد سمى الله تعالى الميراث وصية بقوله سبحانه (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) وقال سبحانه (فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار وصية من الله) والحمل يرث فتصح الوصيه له ، ولان الوصيه أوسع من الميراث فإنها تصح للمخالف في الدين والعبد بخلاف الميراث فإذا ورث الحمل فالوصيه له أولى ، ولان الوصيه تتعلق بخطر وغرر فتصح للحمل كالعتق ، فإن انفصل الحمل ميتا بطلت الوصيه لانه لا يرث ، ولانه يحتمل أن لا يكون حيا حين الوصية فلا تثبت له الوصيه والميراث بالشك ، وسواء مات لعارض من

ضرب البطن أو ضرب دواء أو غيره لما بينا من أنه لا يرث . وان وضعته حيا صحت الوصية له اذا حكمنا بوجوده حال الوصيه، نقل الخرقى اذا أتت به لأقل من ستة أشهر . وليس ذلك شرطا فى كل حال لكن ان كانت المرأة فراشا لزوج أو سيد يطؤها فأتت به لستة أشهر فما دون علمنا وجوده حين الوصيه ، وان أتت به لأكثر منها لم تصح الوصيه له لاحتمال حدوثه بعد الوصيه .

وان كانت بائنا فأتت به لاكثر من أربع سنين من حين الفرقة وأكثر من ستة أشهر من حين الوصيه لم تصح الوصيه له ، وان أتت به لأقل من ذلك صحت الوصيه له لان الولد يعلم وجوده اذا كان لستة أشهر ويحكم بوجوده اذا أتت به لأقل من أربع سنين من حين الفرقه ، وهذا مذهب الشافعى ، وان وصى لحمل امرأة من زوجها أو سيدها صحت الوصيه له مع اشتراط الحاقه به . وان كان منتفيا باللعان أو دعوى الاستبراء لم تصح الوصية له لعدم نسبه المشروط فى الوصيه ، فأما ان كانت المرأة فراشا لزوج أو سيد الا أنه لا يطؤها لكونه غائبا فى بلد بعيد أو مريضا مرضا يمنع الوطء أو كان أسيراً أو محبوسا أو علم الورثه أنه لم يطأها وأقروا بذلك فإن أصحابنا لم يفرقوا بين هذه الصور وبين ما اذا كان يطؤها لانهما لم يفترقا فى لحوق النسب بالزوج والسيد فكانت فى حكم من يطؤها ، ويحتمل أنه متى أتت به فى هذه الحال لوقت يغلب على الظن أنه كان موجوداً حال الوصيه مثل أن تضعه لأقل من غالب مدة الحمل أو تكون أمارات الحمل ظاهرة أو أتت به على وجه يغلب على الظن أنه كان موجوداً بأمارات الحمل بحيث يحكم لها بكونها حاملا صحت الوصيه له لانه يثبت له أحكام الحمل من غير هذا الحكم وقد انتفت أسباب حدوثه ظاهرا فينبغى أن تثبت له الوصيه .

والحكم بالحاقه بالزوج والسيد فى هذه الصور انما كان احتياطا للنسب فإنه يلحق بمجرد الاحتمال وان كان بعيدا ، ولا يلزم من اثبات النسب بمطلق الاحتمال نفى استحقاق الوصيه فانه لا يحتاط لابطال الوصيه كما يحتاط لاثبات النسب فلا يلزم الحاق ما لا يحتاط له بما يحتاط مع ظهور ما يثبته ويصححه .

(فصل) وان وصى بالحمل الموجود اعتبر وجوده فى حمل الامة بما يعتبر وجود الحمل الموصى له وان كان حمل بهيمة اعتبر وجوده بما يثبت به وجوده فى سائر الاحكام

(فصـــل)

وإذا أوصى لما تحمل هذه المرأة لم يصح . وقال بعض أصحاب الشافعى : يصح كما تصح الوصيه بما تحمل هذه الجاريه .

ولنا أن الوصية تمليك فلا تصح للمعـدوم ، بخلاف الموصى به فإنه يملك فلم يعتبر وجوده . ولأن الوصية أجريت مجرى الميراث . ولو مات انسان لم يرثه من الحمل الا من كان موجوداً كذلك الوصيه ولو تجدد للميت مال بعد موته بأن يسقط فى شبكته صيد لورثه ورثته . ولذلك قضينا بثبوت الارث فى ديته وهى تتجدد بعد موته لجاز ان تملك بالوصيه .

فإن قيل : فلو وقف على من يحدث من ولده أو ولد فلان صح فالوصية أولى لأنها تصح بالمعدوم والمجهول بخلاف الوقف . قلنا الوصية أجريت مجرى الميراث ولا يحصل الميراث إلا لموجود فكذا الوصيه . والوقف يراد للدوام فمن ضرورته اثباته للمعدوم .

(فصل) واذا أوصى لحمل امرأة فولدت ذكراً وأنثى فالوصية لهما بالسوية لأن ذلك عطية وهبة فأشبه ما لو وهبها شيئا بعد ولادتها . وان فاضل بينهما فهو على ما قال كالوقف . وان قال . إن كان فى بطنها غلام فله ديناران . وان كان فيه جاريه فلها دينار فولدت غلاما وجاريه فلكل واحد منهما ما وصى له به . لأن الشرط وجد فيه . وان ولدت أحدهما منفرداً فله وصيته ، ولو قال: إن كان حملها أو إن كان ما فى بطنها غلاما فله ديناران وان كانت جاريه فلها دينار ، فولدت أحدهما منفرداً فله وصيته . وان ولدت غلاما وجاريه فلا شىء لهما لأن أحدهما ليس هو جميع الحمل ولا كل ما فى البطن ، وبهذا قال أصحاب الرأى وأصحاب الشافعى وأبو ثور

(فصـل) وان أوصى بثمرة شجرة أو بستان أو غلة دار أو خدمة عبد صح سواء وصى بذلك فى مدة معلومة أو بجميع الثمره والمنفعة فى الزمان كله ، هذا قول الجمهور ، منهم مالك والثورى والشـــافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى ؛ وقال ابن أبى ليلى : لا تصح الوصيه بالمنفعه لأنها معدومة

ولنا أنه يصح تمليكها بعقد المعاوضه فتصح الوصيه بها كالأعيان ويعتبر خروج

ذلك من ثلث المال . نص عليه أحمد فى سكنى الدار . وهو قول كل من قال بصحة الوصية بها ، فإن لم تخرج من الثلث أجيز منها بقدر الثلث : وبهذا قال الشافعى . وقال مالك : إذا أوصى بخدمة عبده سنة فلم يخرج من الثلث فالورثة بالخيار بين تسليم خدمته سنة وبين تسليم ثلث المال . وقال أصحاب الرأى وأبو ثور : إذا أوصى بخدمة عبده سنة ، فإن العبد يخـــدم الموصى له يوماً والورثة يومين حتى يستكمل الموصى له سنه . فإن أراد الورثه بيع العبد بيع على هذا

ولنا أنها وصية صحيحة فوجب تنفيذها على صفتها إن خرجت من الثلث أو بقدر ما يخرج من الثلث منها كسائر الوصايا أو كالأعيان . إذا ثبت هـذا فمتى أريد تقويمها . فإن كانت الوصية مقيدة بمدة قوّم الموصى بمنفعته مسلوب المنفعة ، تلك المدة ثم تقوم المنفعة فى تلك المدة فينظر كم قيمتها ، وان كانت الوصية مطلقة فى الزمان كله فقد قيل تقوم الرقبه بمنفعتها جميعا ويعتبر خروجهما من الثلث لأن عبداً لا منفعة له وشجراً لا ثمر له لا قيمة له غالبا . وقيل تقوم الرقبه على الورثه، والمنفعه على الموصى له ، وصفة ذلك أن يقوم العبد بمنفعته ، فإذا قيل قيمته مائة ، قيل كم قيمته لا منفعة فيه ؟ فإذا قيل عشرة علمنا أن قيمة المنفعة تسعون

(فصـل) وان أراد الموصى له إجارة العبد أو الدار فى المدة التى أوصى له بنفعها جاز . وبه قال الشافعى . وقال أبو حنيفه : لا يجوز إجارة المنفعة المستحقة بالوصيه لأنه إنما أوصى له باستيفائه

ولنا أنها منفعة يملكها ملكا تاماً فملك أخذ العوض عنها بالأعيان ، كما لو ملكها بالاجارة ، وان أراد الموصى له إخراج العبد عن البلد فله ذلك ، وبه قال أبو ثور . وقال أصحاب الرأى : لا يخرجه الا أن يكون أهله فى غير البلد فيخرجه الى أهله . ولنا أنه مالك لنفعه فملك إخراجه كالمستأجر

(فصـل) وإذا أوصى له بثمرة شجرة مدة أو بما يثمر أبداً لم يملك واحد من الموصى له والوارث إجبار الاخر على سقيها لأنه لا يجبر على سقى ملكه ولا سقى ملك غيره : وان أراد أحدهما سقيها على وجه لا يضر بصاحبه لم يملك الاخر منعه وإذا يبست الشجرة كان حطبها للوارث ، وان وصى له بثمرتها سنة بعينها فلم تحمل تلك السنه فلا شىء للموصى له ، وان قال لك ثمرتها أول عام تثمر صح

وله ثمرتها أول عام تثمر ، وكذلك اذا أوصى له بما تحمل جاريته أو شاته ، وان وصى لرجل بشجرة ولآخر بثمرتها صح : وكان صاحب الرقبه قائما مقام الوارث وله ماله ، وان وصى له بلبن شاة وصوفها صح كما تصح الوصية بثمرة الشجرة ، وان وصى بلبنها خاصة أو صوفها خاصة صح ويقوم الموصى به دون العين

(فصل) فأما نفقة العبد الموصى بخدمته وسائر الحيوانات الموصى بنفعها ، فيحتمل أن تجب على صاحب الرقبه ، هذا الذى ذكره الشريف أبو جعفر مذهبا لأحمد ، وهو قول أبي ثور وظاهر مذهب الشافعي . لأن النفقة على الرقبه فكانت على صاحبها كالعبد المستأجر . وكما لو لم يكن له منفعه . قال الشريف: ولأن الفطرة تلزمه : والفطرة تتبع النفقة ، ووجوب التابع على انسان دليل على وجوب المتبوع عليه . ويحتمل أن يجب على صاحب المنفعة ، وهو قول أصحاب الرأى والاصطخرى وهو أصح ان شاء الله ، لأنه يملك نفعه على التأبيد فكانت النفقه عليه كالزوج ، ولأن نفعه له فكان عليه ضره كالمالك لهما جميعا ، يحققه أن ايجاب النفقة على من لا نفع له ضرر مجرد . فيصير معنى الوصيه أوصيت لك بنفع عبدى وأبقيت على ورثتي ضره . وان وصى بنفعه لإنسان ولآخر برقبته كان معناه أوصيت لهذا بنفعه ولهذا بضره والشرع ينفي هذا بقوله « لا ضرر ولا ضرار » ولذلك جعل الخراج بالضمان ليكون ضره على من له نفعه ، وفارق المستأجر فإن نفعه فى الحقيقه للمؤجر لانه يأخذ الأجر عوضا عن منافعه ، وقيل تجب نفقته فى كسبه ، وهذا راجع الى ايجابها على صاحب المنفعه ، لأن كسبه من منافعه ، فإذا صرف فى نفقته فقد صرف المنفعه الموصى بها الى النفقه ، فصار كما لو صرف اليه شيء من ماله سواه

(فصل) واذا أعتق الورثه العبد عتق ومنفعته باقية للموصى له بها ولا يرجع على المعتق بشيء ، وان أعتقه صاحب المنفعة لم يعتق لأن العتق للرقبه وهو لا يملكها وان وهب صاحب المنفعه منافعه للعبد وأسقطها عنه فللورثة الانتفاع به لان ما يوهب للعبد يكون لسيده ، وان أراد صاحب الرقبة بيع العبد فله ذلك ويباع مسلوب المنفعه ويقوم المشترى مقام البائع فيما له وعليه، وقيل لا يجوز بيعه من مالك منفعته دون غيره لأن مالا منفعة فيه لا يصح بيعه كالحشرات والميتات ، وقيل يجوز بيعه

من مالك منفعته دون غيره ، لأن مالك منفعته يجتمع له الرقبة والمنفعه فينتفع بذلك بخلاف غيره ، ولذلك جاز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لصاحب الشجرة دون غيره . وكذلك بيع الزرع لصاحب الأرض

ولنا أنه عبد مملوك تصح الوصية به . فصح بيعه كغيره ، ولأنه يمكنه إعتاقه وتحصيل ولائه وجر ولاء من ينجر ولاؤه بعتقه بخلاف الحشرات . وان وصى لرجل برقبة عبد ولآخر بنفعه صح وقام الموصى له بالرقبة مقام الوارث فيما ذكرنا وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي

(فصل) واذا أوصى لرجل بمنفعة أمته فأتت بولد من زوج أو زنا فهو مملوك حكمه حكم أمه لأن الولد يتبع الأم في حكمها كولد المكاتبة والمدبرة ، ويحتمل أن يكون لمالك الرقبة لأن ذلك ليس من النفع الموصى به ولا هو من الرقبه الموصى بنفعها ، وان وطئت بشبهة فأوجب المهر على الواطىء لصاحب المنفعة عند أصحابنا وعندي أنه لصاحب الرقبة . لأن منافع البضع لا تصح الوصية بها منفردة ولا مع غيرها ، ولا يجوز نقلها مفردة عن الرقبة بغير التزويج . وانما هي تابعة للرقبة فتكون لصاحبها ولا يستحق صاحب المنفعه أخذ بدلها . وان أتت بولد فهو حر وتجب قيمته يوم وضعه لصاحب الرقبه في أحد الوجهين ، وفي الاخر يشترى بها عبد يقوم مقامه ، وليس للوارث ولا لصاحب المنفعه وطؤها ، لان صاحب المنفعه لايملك رقبتها ولا هو زوج لها ولا يباح الوطء بغيرهما لقول الله عزوجل (الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) وصاحب الرقبة لا يملكها ملكا تاما ولا يأمن أن تحبل منه ، فربما أفضى إلى إهلاكها ، وأيهما وطئها فلا حد عليه لانه وطء بشبهة لوجود الملك لكل واحد منهما فيها ، وولده حر لانه من وطء شبهة ، فإن كان الواطىء مالك المنفعه لم تصر أم ولد له لانه لايملكها وعليه قيمة ولدها يوم وضعه ، وحكمها على ماذكرنا فيما اذا وطئها غيرهما بشبهة ، وان كان الواطىء مالك الرقبه صارت أم ولد له لانها علقت منه بحر في ملكه وفي وجوب قيمته عليه الوجهان . وأما المهر فعندي أنه ان كان الواطىء مالكا للرقبه فلا مهر عليه وله المهر على صاحب المنفعه إذا كان هو الواطىء : وعند أصحابنا وأصحاب الشافعي بعكس

ذلك فيها وقد تقدم تعليل ذلك، ويحتمل أن يجب الحد على صاحب المنفعه اذا وطىء لانه لا يملك الا المنفعه فلزمه الحد كالمستأجر. فعلى هذا يكون ولده مملوكا

(فصل) وليس لواحد منهما تزويجها لأن مالك المنفعه لا يملك رقبتها ومالك الرقبة لا يملك تزويجها لما فيه من ضرر صاحب المنفعه بتزويجها فان طلبت ذلك لزم تزويجها لانه لحقها وحقها فى ذلك مقدم عليها بدليل أنها لو طلبته من سيدها الذى يملك رقبتها ونفعها أجبر عليه وقدم حقها على حقه: وكذلك ان اتفقا على تزويجها قبل طلبها جاز ووليها فى الموضعين مالك رقبتها لانه مالكها، والكلام فى مهرها وولدها على ما تقدم فى الفصل الذى قبله

(فصل) وان قتل العبد الموصى بنفعه وجبت قيمته يشترى بها ما يقوم مقام الموصى به؛ لأن كل حق تعلق بالعين تعلق ببدلها اذا لم يبطل سبب استحقاقها، ويفارق الزوجه والعين المستأجرة. لان سبب الاستحقاق يبطل بتلفهما، ويحتمل أن تجب القيمه للوارث أو مالك الرقبه، وتبطل الوصيه لأن القيمه بدل الرقبه فتكون لصاحبها، وتبطل الوصيه بالمنفعه كما تبطل بالاجارة

(فصل) واذا أوصى لرجل بحب زرعه ولآخر بتبنه صح والنفقة بينهما لان كل واحد منهما تعلق حقه بالزرع فان امتنع أحدهما من الانفاق فهما بمنزلة الشريكين فى أصل الزرع اذا امتنع أحدهما من سقيه والانفاق عليه فيخرج فى ذلك وجهان. أحدهما يجبر على الانفاق عليه. هذا قول أبى بكر: لان فى ترك الانفاق ضرراً عليهما واضاعه المال، وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار، ونهى عن اضاعة المال. والوجه الآخر لا يجبر، لأنه لا يجبر على الإنفاق على مال نفسه ولا مال غيره اذا كان كل واحد منهما منفرداً فكذلك اذا اجتمعا، وأصل الوجهين اذا استهدم الحائط المشترك فدعا أحد الشريكين الآخر الى مباناته فامتنع وينبغى أن تكون النفقة بينهما على قدر قيمة حق كل واحد منهما كما لو كانا مشتركين فى أصل الزرع.

(فصل) وان أوصى له بخاتم ولآخر بفصه صح وليس لواحد منهما الانتفاع به الا باذن صاحبه، وأيهما طلب قلع الفص من الخاتم أجيب اليه وأجبر الاخر عليه، وان اتفقا على بيعه أو اصطلحا على لبسه جاز لان الحق لهما لا يعدوهما.

(فصل) وإن أوصى لرجل بدينار من غلة داره وغلتها ديناران صح فإن أراد الورثة بيع نصفها وترك النصف الذى أجره دينار فله منعهم منه لأنه يجوز أن ينقص أجره عن الدينار ، وان كانت الدار لا تخرج من الثلث فلهم بيع مازاد عليه وعليهم ترك الثلث فإن كانت غلته ديناراً أو أقل فهو للموصى له وان كانت أكثر فله دينار والباقى للورثة .

(فصل) وتصح الوصية بما لا يقدر على تسليمه كالعبد الآبق والجمل الشارد والطير فى الهواء والسمك فى الماء لأن الوصية إذا صحت بالمعدوم فبذلك أولى ولأن الوصية أجريت مجرى الميراث وهذا يورث فيوصى به فإن قدر عليه أخذه وسلمه إذا خرج من الثلث وللوصى السعى فى تحصيله فإن قدر عليه أخذه إذا خرج من الثلث

﴿ مسألة ﴾ قال ﴿ وإذا أوصى بجارية لبشر ثم أوصى بها لبكر فهى بينهما ﴾

وجملة ذلك أنه إذا أوصى لرجل بمعين من ماله ثم وصى به لآخر أو وصى له بثلثه ثم وصى لآخر بثلثه أو وصى بجميع ماله لرجل ثم وصى به لآخر فهو بينهما ولا يكون ذلك رجوعا فى الوصيه الأولى ، وبهذا قال ربيعة ومالك والثورى والشافعى وإسحاق وابن المنذر وأصحاب الرأى : وقال جابر بن زيد والحسن وعطاء وطاوس وداود وصيته للآخر منهما لأنه وصى للثانى بما وصى به للأول فكان رجوعا كما لو قال ما وصيت به لبشر فهو لبكر ولأن الثانية تنافى الأولى فإذا أتى بها كان رجوعا كما لو قال هذا لورثتى .

ولنا أنه وصى لهما بها فاستويا فيها كما لو قال لهما وصيت لكما بالجارية وما قاسوا عليه صرح فيه بالرجوع عن وصيته لبشر وفى مسألتنا يحتمل أنه قصد التشريك فلم تبطل وصية الاخر بالشك .

(فصل) وان وصى بعبد لرجل ثم وصى لآخر بثلثه فهو بينهما أرباعا وعلى قول الاخرين ينبغى أن يكون للثانى ثلثه كاملا وان وصى بعبده لاثنين فرد أحدهما وصيته فللآخر نصفه وان وصى لاثنين بثلثى ماله فرد الورثة ذلك ورد أحد الوصيين وصيته فللآخر الثلث كاملا لأنه وصى له به منفرداً وزالت المزاحمة فكمل له كما لو انفرد به .

(فصل) إذا أقر الوارث أن أباه وصى بالثلث لبشر وأقام آخر شاهدين أنه وصى له بالثلث فرد الوارث الوصيتين وكان الوارث رجلا عاقلا عدلا وشهد بالوصية حلف معه الموصى له واشتركا فى الثلث ، وبهذا قال أبو ثور وهو قياس قول الشافعى . وقال أصحاب الرأى لا يشاركه المقر له بناء منهم على أن الشاهد واليمين ليس بحجة شرعية . وقد ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بشاهد ويمين رواه مسلم ، وان كان المقر ليس بعدل أو كان إمرأة فالثلث لمن ثبتت له البينة لأن وصيته ثابتة ولم تثبت وصيه الآخر وان لم يكن لواحد منهما بينة فأقر الوارث أنه أقر لفلان بالثلث أو بهذا العبد وأقر لفلان به بكلام متصل فالمقر به بينهما ، وبهذا قال أبو ثور وأصحاب الرأى ولا نعلم فيه مخالفا .

وان أقر به لواحد ثم أقر به لآخر فى مجلس آخر لم يقبل إقراره لأنه يثبت للأول باقراره فلا يقبل قوله فيما ينقص به حق الأول إلا أن يكون عدلا فيشهد بذلك ويحلف معه المقر له فيشاركه كما لو ثبت للأول بينة ، وان أقر للثانى فى المجلس بكلام متصل ففيه وجهان

أحدهما : لا يقبل لأن حق الأول ثبت فى الجميع فاشبه ما لو أقر له فى مجلس آخر : والثانى : يقبل لأن المجلس الواحد كالحال الواحدة فإن الخرقى قال وإذا خلف ابنا وألف درهم فاقر بها لرجل ثم أقر بالف لآخر فإن كان فى مجلس واحد فالالف بينهما وان كان فى مجلسين فهى للأول ولا شىء للثانى، والأول أقيس لأن حق الأول ثبت فى الثلث كاملا لإقراره به منفرداً فاشبه مالو كان فى مجلسين وكما لو أقر بدراهم ثم سكت ثم قال زيوفا أو صغاراً أو الى شهر أو كما لو استثنى مما أقر به بكلام منفصل فى المجلس .

(مسألة) (وان قال ما أوصيت به لبشر فهو لبكر كانت لبكر)

هذا قولهم جميعاً : وبه قال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى وهو أيضاً على مذهب الحسن وعطاء وطاوس ولا نعلم فيه مخالفاً لأنه صرح بالرجوع عن الأول بذكره أن ماأوصى به مردود الى الثانى فأشبه ما لو قال رجعت عن وصيتى لبشر وأوصيت بها لبكر بخلاف ما اذا أوصى بشىء واحد لرجلين أحدهما بعد الآخر فإنه

يحتمل أنه قصد التشريك بينهما وقد ثبتت وصية الأول يقينا فلا تزول بالشك .

(فصل) وان قال ما أوصيت به لفلان فنصفه لفلان أو ثلثه كان رجوعا في القدر الذي وصى به للثاني خاصة وباقيه للأول .

(فصل) وأجمع أهل العلم على أن للوصى أن يرجع في جميع ما أوصى به وفي بعضه الا الوصية بالاعتاق والأكثرون على جواز الرجوع في الوصية به أيضاً . روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال يغير الرجل ما شاء من وصيته ، وبه قال عطاء وجابر بن زيد والزهري وقتادة ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور . وقال الشعبي وابن سيرين وابن شبرمة والنخعي يغير منها ماشاء الا العتق لأنه إعتاق بعد الموت فلم يملك تغييره كالتدبير .

ولنا أنها وصية فملك الرجوع عنها كغير العتق ولأنها عطية تنجز بالموت فجاز له الرجوع عنها قبل تنجيزها كهبة ما يفتقر الى القبض قبل قبضه ، وفارق التدبير فإنه تعليق على شرط فلم يملك تغييره كتعليقه على صفة في الحياة .

(فصل)

ويحصل الرجوع بقوله رجعت في وصيتي أو أبطلتها أو غيرتها أو ما أوصيت به لفلان فهو لفلان أو فهو لورثتي أو في ميراثي ، وان أكله أو أطعمه أو أتلفه أو وهبه أو تصدق به أو باعه أو كان ثوبا غير مفصل ففصله ولبسه أو جارية فأحبلها أو ما أشبه هذا فهو رجوع .

قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم أنه إذا أوصى لرجل بطعام فأكله أو بشيء فأتلفه أو تصدق به أو وهبه أو بجارية فأحبلها أو أولدها أنه يكون رجوعا ، وحكى عن أصحاب الرأى أن بيعه ليس برجوع لأنه أخذ بدله بخلاف الهبة .

ولنا أنه أزال ملكه عنه فكان رجوعا كما لو وهبه ، وإن عرضه على البيع أو وصى ببيعه أو أوجب الهبة فلم يقبلها الموهوب له أو كاتبه أو وصى بإعتاقه أو دبره كان رجوعا لأنه يدل على اختياره للرجوع بعرضه على البيع وإيجابه للهبة ووصيته ببيعه أو إعتاقه لكونه وصى بما ينافى الوصية الأولى والكتابة بيع والتدبير أقوى من الوصية لأنه ينجز بالموت فيسبق أخذ الموصى له ، وإن رهنه كان

رجوعاً لأنه علق به حقاً يجوز بيعه فكان أعظم من عرضه على البيع. وفيه وجه آخر أنه ليس برجوع وهو وجه لأصحاب الشافعي لأنه لا يزيل الملك فأشبه إجارته وكذلك الحكم في الكتابة

(فصل) وان وصى بحب ثم طحنه أو بدقيق فعجنه أو بعجين فخبزه أو بخبز فتته أو جعله فتيتا كان رجوعا لأنه أزال اسمه وعرضه للاستعمال فدل على رجوعه . وبهذا قال الشافعي ، وإن وصى بكتان أو قطن فغزله أو بغزل فنسجه أو بثوب فقطعه أو بنقرة فضربها أو شاة فذبحها كان رجوعا . وبهذا قال أصحاب الرأي والشافعي في ظاهر مذهبه . واختار أبو الخطاب أنه ليس برجوع وهو قول أبي ثور لأنه لا يزيل الاسم .

ولنا أنه عرضه للاستعمال فكان رجوعا كالتي قبلها ولا يصح قوله إنه لا يزيل الاسم فإن الثوب لا يسمى غزلا والغزل لا يسمى كتانا .

﴿ فصـــل ﴾

وان وصى بشيء معين ثم خلطه بغـــيره على وجه لا يتميز منه كان رجوعا لانه يتعذر بذلك تسليمه فيدل على رجوعه . فإن خلطه بما يتميز منه لم يكن رجوعا لانه يمكن تسليمه ، وان وصى بقفيز قمح من صبرة ثم خلطها بغيرها لم يكن رجوعا سواء خلطها بمثلها أو بخير منها أو دونها لأنه كان مشاعا وبقي مشاعا ، وقيل ان خلطه بخير منه كان رجوعا لأنه لا يمكنه تسليم الموصى به الا بتسليم خير منه ولا يجب على الوارث تسليم خير منه فصار متعذر التسليم بخلاف ما إذا خلطه بمثله أو دونه .

(فصل) وإذا حدث بالموصى به ما يزيل اسمه من غير فعل الموصى مثل أن سقط الحب في الارض فصار زرعا أو انهدمت الدار فصارت فضاء في حياة الموصى بطلت الوصية بها لأن الباقي لا يتناوله الاسم . وان كان انهدام الدار لا يزيل اسمها سلمت اليه دون ما انفصل منها لأن الاسم حين الاستحقاق يقع على المتصل دون المنفصل ، ويتبع الدار في الوصية ما يتبعها في البيع .

(فصـــل) وان جحد الوصية لم يكن رجوعا في أحد الوجهين ، وهو قول أبي حنيفة في إحدى الروايتين ، ولأنه عقد فلا يبطل بالجحود كسائر العقود ، والثاني : يكون رجوعا لانه يدل على أنه لا يريد إيصاله إلى الموصى له ، وإن

غسل الثوب أو لبسه أو جصص الدار أو سكنها أو أجر الامة او زوجها أو علمها أو وطئها لم يكن رجوعا لان ذلك لا يزيل الملك ولا الاسم ولا يدل على الرجوع ويحتمل أن وطء الامة رجوع لأنه يعرضها للخروج عن جواز النقل، والأول أولى لانه انتفاع لا يزيل الملك فى الحال ولا يفضى اليه يقينا فأشبه لبس الثوب فإنه ربما أتلفه وليس برجوع.

(فصل) نقل الحسن بن ثواب عن احمد فى رجل قال هذا ثلثى لفلان ويعطى فلان منه مائة فى كل شهر إلى أن يموت فهو للآخر منهما ويعطى هذا مائة فى كل شهر فإن مات وفضل شيء رد الى صاحب الثلث لحكم الوصية وإنفاذها على ما أمر به الموصى.

«مسألة» قال (ومن كتب وصية ولم يشهد فيها حكم بها مالم يعلم رجوعه عنها)

نص احمد على هذا فى رواية إسحاق بن إبراهيم فقال: من مات فوجدت وصيته مكتوبة عند رأسه ولم يشهد فيها وعرف خطه وكان مشهور الخط يقبل ما فيها، وروى عن احمد أنه لا يقبل الخط فى الوصية ولا يشهد على الوصية المختومة حتى يسمعها الشهود منه او تقرأ عليه فيقر بما فيها؛ وبهذا قال الحسن وابو قلابة والشافعي وابو ثور واصحاب الرأى لان الحكم لا يجوز برؤية خط الشاهد بالشهادة بالاجماع فكذا ههنا.

وأبلغ من هذا أن الحاكم لو رأى حكمه بخطه تحت ختمه ولم يذكر أنه حكم به أو رأى الشاهد شهادته بخطه ولم يذكر الشهادة لم يجز للحاكم إنفاذ الحكم بما وجده ولا للشاهد الشهادة بما رأى خطه به، فههنا أولى، وقد نص أحمد على هذا فى الشهادة ووجه قول الخرقى قول النبي صلى الله عليه وسلم «مامن امرىء مسلم له شيء يوصى فيه يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده» ولم يذكر شهادته وما ذكرناه فى الفصل الأول الذى يلى هذا، ولأن الوصية يتسامح فيها ولهذا صح تعليقها على الخطر والغرر وصحت للحمل به وبما لا يقدر على تسليمه وبالمعدوم والمجهول فجاز أن يتسامح فيها بقبول الخط كرواية الحديث.

(فصل) وان كتب وصيته وقال اشهدوا على بما فى هذه الورقة أو قال هذه

وصيتى فاشهدوا على بها فقد حكى عن أحمد أن الرجل إذا كتب وصيته وختم عليها وقال للشهود اشهدوا على بما فى هذا الكتاب لا يجوز حتى يسمعوا منه ما فيه أو يقرأ عليه فيقر بما فيه وهو قول من سمينا فى المسألة الأولى . ويحتمل كلام الخرقى جوازه لأنه إذا قبل خطه المجرد فهذا أولى ، وممن قال ذلك عبد الملك ابن يعلى ومكحول ونمير بن إبراهيم ومالك والليث والأوزاعى ومحمد بن مسلمة وأبو عبيد وإسحاق .

واحتج أبو عبيد بكتب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى عماله وأمرائه فى أمر ولايته وأحكامه وسننه ثم ما عملت به الخلفاء الراشدون المهديون بعده من كتبهم إلى ولاتهم بالأحكام التى فيها الدماء والفروج والأموال يبعثون بها مختومة لا يعلم حاملها ما فيها وامضوها على وجوهها ، وذكر استخلاف سليمان ابن عبد الملك عمر بن عبد العزيز بكتاب كتبه وختم عليه ، ولا نعلم أحداً أنكر ذلك مع شهرته وانتشاره فى علماء العصر فكان إجماعاً . ووجه الأول أنه كتاب لا يعلم الشاهد ما فيه فلم يجز أن يشهد عليه ككتاب القاضى إلى القاضى ، فأما ما ثبت من الوصية بشهادة أو إقرار الورثة به فإنه يثبت حكمه ويعمل به ما لم يعلم رجوعه عنه ، وإن طالت مدته وتغيرت أحوال الموصى به مثل أن يوصى فى مرض فيبرأ منه ثم يموت بعد أو يقتل لأن الأصل بقاؤه فلا يزول حكمه بمجرد الاحتمال والشك كسائر الأحكام .

فصل

ويستحب أن يكتب الموصى وصيته ويشهد عليها لأنه أحفظ لها وأحوط لما فيها ، وقد صح أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ما حق امرىء مسلم له شىء يوصى فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده » وروى عن أنس أنه قال : كانوا يكتبون فى صدور وصاياهم (بسم الله الرحمن الرحيم) هذا ما أوصى به فلان أنه يشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأن محمداً عبده ورسوله وأن الساعة آتية لا ريب فيها وأن الله يبعث من فى القبور ، وأوصى من ترك من أهله أن يتقوا الله ويصلحوا ذات بينهم ويطيعوا الله ورسوله إن كانوا مؤمنين وأوصاهم بما أوصى به إبراهيم بنيه ويعقوب (يا بنى إن الله اصطفى لكم الدين

فلا تموتن إلا وأنتم مسلمون) أخرجه سعيد عن فضيل بن عياض عن هشام ابن حسان عن ابن سيرين عن أنس ، وروى عن ابن مسعود أنه كتب (بسم الله الرحمن الرحيم) هذا ذكر ما أوصى به عبد الله بن مسعود : إن حدث بي حادث الموت من مرضى هذا إن مرجع وصيتي إلى الله وإلى رسوله ثم إلى الزبير ابن العوام وابنة عبد الله وأنهما في حل وبل فيما وليا وقضيا وأنه لا تزوج امرأة من بنات عبد الله إلا بإذنهما .

وروى ابن عبد البر قال : كان في وصية أبي الدرداء (بسم الله الرحمن الرحيم) هذا ما أوصى به أبو الدرداء أنه يشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأن محمداً عبده ورسوله ، وأن الجنة حق ، وأن النار حق ، وأن الله يبعث من في القبور ، وأنه يؤمن بالله ويكفر بالطاغوت على ذلك يحيا ويموت إن شاء الله . وأوصى فيما رزقه الله تعالى بكذا وكذا ، وأن هذه وصيته إن لم يغيرها .

« مسألة » قال ﴿ وما أعطى في مرضه الذي مات فيه فهو من الثلث ﴾

وجملة ذلك أن التبرعات المنجزة كالعتق والمحاباة والهبة المقبوضة والصدقة والوقف والإبراء من الدين والعفو عن الجناية الموجبة للمال إذا كانت في الصحة فهي من رأس المال لا نعلم في هذا خلافاً ، وإن كانت في مرض مخوف اتصل به الموت فهي من ثلث المال في قول جمهور العلماء .

وحكي عن أهل الظاهر في الهبة المقبوضة أنها من رأس المال وليس بصحيح لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم » رواه ابن ماجه ، وهذا يدل بمفهومه على أنه ليس له أكثر من الثلث ، وروى عمران ابن حصين أن رجلا من الأنصار أعتق ستة أعبد له في مرضه لا مال له غيرهم فاستدعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة متفق عليه ، وإذا لم ينفذ العتق مع سرايته فغيره أولى ، ولأن هذه الحال الظاهر منها الموت فكانت عطية فيها في حق ورثته لا تتجاوز الثلث كالوصية .

(فصل) وحكم العطايا فى مرض الموت المخوف حكم الوصية فى خمسة أشياء (أحدها) أن يقف نفوذها على خروجها من الثلث أو إجازة الورثة (الثانى) أنها لا تصح لوارث إلا بإجازة بقية الورثة (الثالث) أن فضيلتها ناقصة عن فضيلة الصدقة فى الصحة : ولأن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن أفضل الصدقة قال « أن تصدق وأنت صحيح شحيح تأمل الغنى وتخشى الفقر : ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا وقد كان لفلان » متفق عليه ، ولفظه قال : قال رجل يارسول الله أى الصدقة أفضل؟ (الرابع) أنه يزاحم بها الوصايا فى الثلث (الخامس) أن خروجها من الثلث معتبر حال الموت لا قبله ولا بعده ويفارق الوصية فى ستة أشياء .

أحدها : أنها لازمة فى حق المعطى ليس له الرجوع فيها وإن كثرت . ولأن المنع على الزيادة من الثلث إنما كان لحق الورثة لا لحقه فلم يملك إجازتها ولا ردها وإنما كان له الرجوع فى الوصية ، لأن التبرع بها مشروط بالموت فلم يملك إجازتها ولا ردها وإنما كان له الرجوع فى الوصية ، لأن التبرع مشروط بالموت ، فما قبل الموت لم يوجد التبرع ولا العطية بخلاف العطية فى المرض فإنه قد وجدت العطية منه والقبول من المعطى والقبض فلزمت كالوصية إذا قبلت بعد الموت وقبضت .

الثانى : أن قبولها على الفور فى حال حياة المعطى وكذلك ردها . والوصايا لا حكم لقبولها ولا ردها إلا بعد الموت لما ذكرنا من أن العطية تصرف فى الحال فتعتبر شروطه وقت وجوده والوصية تبرع بعد الموت فتعتبر شروطه بعد الموت .

الثالث : أن العطية تفتقر إلى شروطها المشروطة لها فى الصحة من العلم وكونها لا يصح تعليقها على شرط وغرر فى غير العتق والوصية بخلافه .

الرابع . أنها تقدم على الوصية وهذا قول الشافعى وجمهور العلماء وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف وزفر إلا فى العتق فإنه حكى عنهم تقديمـــه لأن العتق يتعلق به حق الله تعالى ويسرى وقفه وينفذ فى ملك الغير فيجب تقديمه .

ولنا أن العطية لازمة فى حق المريض فقدمت على الوصية كعطية الصحة وكما لو تساوى الحقان .

الخامس : أن العطايا إذا عجز العتق عن جميعها بدىء بالأول فالأول ، سواء

كان الأول عتيقا أو غيره وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة الجميع سواء إذا كانت من جنس واحد ، وإن كانت من أجناس وكانت المحاباة متقدمة قدمت ، وإن تأخرت سوى بينها وبين العتق ، وإنما كان كذلك لأن المحاباة حق آدمي على وجه المعاوضة فقدمت إذا تقدمت كقضاء الدين وإذا تساوى جنسها سوى بينها لأنها عطايا من جنس واحد تعتبر من الثلث فسوى بينها كالوصية ، وقال أبو يوسف ومحمد يقدم العتق تقدم أو تأخر .

ولنا أنها عطيتان منجزتان فكانت أولاهما أولى كما لو كانت الاولى محاباة عند أبي حنيفة أو عتقاً عند صاحبيه : ولأن العطية المنجزة لازمه فى حق المعطى فإذا كانت خارجة من الثلث لزمت فى حق الورثة فلو شاركتها الثانية لمنع ذلك لزومها فى حق المعطى لأنه يملك الرجوع عن بعضها بعطية أخرى بخلاف الوصايا فإنها غير لازمة فى حقه وإنما تلزم بالموت فى حال واحدة فاستويا لاستوائهما فى حال لزومها بخلاف المنجزتين وما قاله فى المحاباة غير صحيح فإنها بمنزلة الهبة ولو كانت بمنزلة المعاوضة أو الدين لما كانت من الثلث ، فأما ان وقعت دفعة واحدة كأن وكل جماعة فى هذه التبرعات فأوقعوها دفعة واحدة فإن كانت كلها عتقاً أقرعنا بينها فكملنا العتق كله فى بعضهم ، وإن كانت كلها من غير العتق قسمنا الثلث بينهم على قدر عطاياهم لانهم تساووا فى الاستحقاق فقسم بينهم على قدر حقوقهم كغرماء المفلس ، وإنما خولف هذا الاصل فى العتق لحديث عمران بن حصين ، ولان القصد بالتعق يكمل الاحكام ولا تكمل الاحكام إلا بتكميل العتق بخلاف غيره ، ولان فى قسمة العتق عليهم اضراراً بالورثة والميت والعبيد على ما يذكر فى موضعه ، وان وقعت دفعة واحدة وفيها عتق وغيره ففيه روايتان .

احداهما : أن يقدم العتق لتأكيده ، والثانيه : يسوى بين الكل لانها حقوق تساوت فى استحقاقها فتساوت فى تنفيذها كما لو كانت من جنس واحد ، وذلك لان استحقاقها حصل فى حالة واحدة .

(السادس) أن الواهب اذا مات قبل تقبيضه الهبه المنجزة كانت الخيرة للورثه ان شاءوا قبضوا ، وان شاءوا منعوا والوصيه تلزم بالقبول بعد الموت بغير رضاهم .

(فصل) اذا قال المريض اذا أعتقت سعداً فسعيد حر ثم أعتق سعداً عتق سعيد

أيضا ان خرجا من الثلث ، وان لم يخرج من الثلث الا أحدهما عتق سعد وحده ولم يقرع بينهما لوجهين .

أحدهما : أن سعداً سبق بالعتق ، والثانى : أن عتقه شرط لعتق سعيد فلو رق بعضه لفات اعتاق سعيد أيضا لفوات شرطه وان بقى من الثلث ما يعتق به بعض سعيد عتق تمام الثلث منه ، وان قال : ان أعتقت سعداً فسعيد وعمرو حران ، ثم أعتق سعداً ولم يخرج من الثلث الا أحدهم عتق سعد وحده لما ذكرنا ، وان خرج من الثلث اثنان أو واحد وبعض آخر عتق سعد وأقرع بين سعيد وعمرو فيما بقى من الثلث ، لان عتقهما فى حال واحدة وليس عتق أحدهما شرطا فى عتق الآخر ، ولو خرج من الثلث اثنان وبعض الثالث أقرعنا بينهما لتكميل الحرية فى أحدهما وحصول التشقيص فى الاخر ، وان قال : ان أعتقت سعداً فسعيد حر أو فسعيد وعمرو حران فى حال اعتاق سعداً فالحكم سواء لا يختلف ، لان عتق سعد شرط لعتقهما فلو رق بعضه لفات شرط عتقهما فوجب تقديمه ، وان كان الشرط فى الصحة والاعتاق فى المرض فالحكم على ما ذكرنا .

(فصل) وان قال : ان تزوجت فعبدى حر فتزوج فى مرضه بأكثر من مهر المثل فالزيادة محاباة معتبرة من الثلث ، وان لم تخرج من الثلث الا المحاباة أو العبد فالمحاباة أولى لانها وجبت قبل العتق لكون التزويج شرطا فى عتقه فقد سبقت عتقه ، ويحتمل أن يتساويا لان التزويج سبب لثبوت المحاباة وشرط للعتق فلا يسبق وجود أحدهما صاحبه فيكونان سواء ثم هل يقدم العتق على المحاباة ؟ على روايتين وهذا فيما اذا ثبتت المحاباة بأن لا ترث المرأة الزوج اما لوجود مانع من الإرث او لمفارقته اياها فى حياته اما بموتها أو طلاقها او نحوه ، فأما ان ورثته تبينا انها غير ثابتة لها الا بإجازة الورثة فينبغى ان يقدم العتق عليها لانه لازم غير موقوف على الاجازة فيكون متقدما ، وان قال انت حر فى حال تزويجى فتزوج وأصدق أكثر من مهر المثل ، فعلى القول الاول يتساويان لان التزويج جعل جعالة لإيقاع العتق كما فى عتق سعد وسعيد ، وبطلان المحاباة لا يبطل التزويج ولا يؤثر فيه وعلى الاحتمال الذى ذكرته يكون العتق سابقا لان المحاباة انما ثبتت بتمام التزويج والعتق قبل تمامه فيكون سابقا على المحاباة فيتقدم لهذا المعنى سيما اذا تأكد بقوته وكونه لغير وارث

(فصـــل) إذا أعتق المريض شقصا من عبد ثم أعتق شقصا من آخر ولم يخرج من الثلث إلا العبد الاول عتق وحده ، لأنه يعتق حين يلفظ بإعتاق شقصه وان خرج الاول وبعض الثانى عتق ذلك . وإن أعتق الشقصين دفعة واحـدة فلم يخرج من الثلث إلا الشقصان عتقا ورق باقى العبدين ، وإن لم يخرج إلا أحدهما أقرع بينهما ، وان خرج عتق الشقصان وباقى أحد العبدين ففيه وجهان .

أحدهما : يكمل العتق من أحدهما بالقرعة بينهما : كما لو أعتق العبدين فلم يخرج من الثلث الا أحدهما

والثانى : يقسم ما بقى من الثلث بينهما بغير قرعه ، لأنه أوقع عتقا مشقصا فلم يكمله ، بخلاف ما إذا أعتق العبدين . ولهذا إذا لم يخرج من الثلث إلا الشقصان أعتقناهما ولم يقرع بينهما ولم يكمله من أحدهما . ولو أوصى بإعتاق النصيبين وأن يكمل عتقهما من ثلثه ولم يخرج من الثلث الا النصيبان وقيمة باقى أحدهما أقرعنا بينهما ، فمن خرجت قرعته كمل العتق فيه ، لان الموصى أوصى بتكميل العتق لجرى مجرى إعتاقهما بخلاف التى قبلها .

(فصل) واذا ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض كالهبة والميراث عتق وورث المريض اذا مات ؛ وبهذا قال مالك وأكثر أصحاب الشافعى ، وقال بعضهم يعتق ولا يرث لان عتقه وصية فلا يجتمع مع الميراث . وهذا لايصح لأنه لو كان وصيه لاعتبر من الثلث ، كالو اشتراه . وجعل أهل العراق عتق المرهون وصية يعتبر خروجه من الثلث فإن خرج من الثلث عتق وورث وان لم يخرج من الثلث يسعى فى قيمة باقيه ولم يرث فى قول أبى حنيفه ، وقال أبو يوسف ومحمد: يحتسب بقيمته من ميراثه فإن فضل من قيمته شىء سعى فيه .

ولنا أن الوصيه هى التبرع بماله بعطيه أو اتلاف أو التسبب الى ذلك ولم يوجد واحد منهما ، لان العتق ليس من فعله ولا يقف على اختياره ، وقبول الهبه ليس بعطيه ولا اتلاف لماله ، وانما هو تحصيل شىء يتلف بتحصيله فأشبه قبوله لشىء لا يمكنه حفظه أو لما يتلف ببقائه فى وقت لا يمكنه التصرف فيه ، وفارق الشراء فانه تضييع لماله فى ثمنه .

وقال القاضى : هذا الذى ذكرناه قياس قول أحمد ، لأنه قال فى مواضع .

اذا وقف فى مرضه على ورثته صح ولم يكن وصية ، لأن الوقف ليس بمال لأنه لا يباع ولا يورث . قال الخبرى . هذا قول أحمد وابن الماجشون وأهل البصرة ولم يذكر فيه عن أحمد خلافا . فأما ان اشترى من يعتق عليه فقال القاضى : ان حمله الثلث عتق وورثه ، وهذا قول مالك وابى حنيفة ، وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث ويرث بقدر ما فيه من الحرية وباقيه على الرق . فإن كان الوارث ممن يعتق عليه اذا ملكه عتق عليه اذا ورثه .

وقال أبو يوسف ومحمد : لا وصية لوارث ويحتسب بقيمته من ميراثه . فإن فضل من قيمته شيء سعى فيه .

وقال بعض أصحاب مالك : يعتق من رأس المال ويرث كالموهوب والموروث، وهو قياس قوله لكونه لم يجعل الوقف وصية واجازة للوارث فهذا أولى ، لأن العبد لايملك رقبته فيجعل ذلك وصية ، ولا يجوز أن يجعل الثمن وصية له لأنه لم يصل اليه ، ولا وصية للبائع لانه قد عاوض عنه . وانما هو كبناء مسجد وقنطرة فى أنه ليس بوصية لمن ينتفع به فلايمنعه ذلك الميراث . واختلف أصحاب الشافعى فى قياس قوله . فقال بعضهم اذا حمله الثلث عتق وورث . لأن عتقه ليس بوصية له على ما ذكرنا .

وقيل يعتق ولا يرث لانه لو ورث لصارت وصية لوارث فتبطل وصيته ويبطل عتقه وإرثه فيفضى توريثه الى ابطال توريثه ، فكان ابطال توريثه أولى ، وقيل على مذهبه شراؤه باطل ، لان ثمنه وصية . والوصية تقف على خروجها من الثلث أو اجازة الورثة . والبيع عنده لا يجوز أن يكون موقوفا .

ومن مسائل ذلك : مريض وهب له ابنه فقبله وقيمته مائة وخلف مائتى درهم وابنا آخر ، فإنه يعتق وله مائة ولاخيه مائة . وهذا قول مالك وأبى حنيفة والشافعى ؛ وقيل على قول الشافعى لا يرث والمائتان كلها للإبن الحر .

وقال أبو يوسف ومحمد : يرث نصف نفسه ونصف المائتين ويحتسب بقيمة نصف الباقى من ميراثه ، وان كان قيمته مائتين وبقية التركة مائة عتق من رأس المال والمائة بينه وبين أخيه . وبهذا قال مالك والشافعى . وقال أبو حنيفة : يعتق منه نصفه لانه قدر ثلث التركة ويسعى فى قيمة باقيه ولا يرث ، لان المستسعى

عنده كالعبد لا يرث إلا فى أربعة مواضع : الرجل يعتق أمته على أن تتزوجه . والمرأة تعتق عبدها على أن يتزوجها فيأبيان ذلك . والعبد المرهون يعتقه سيده ؛ والمشترى للعبد يعتقه قبل قبضه وهما معسران ، فى هذه المواضع يسعى كل واحد فى قيمته وهو حر يرث

وقال أبو يوسف ومحمد . يرث نصف التركة ، وذلك ثلاثة أرباع رقبته ويسعى فى ربع قيمته لأخيه . وان وهب له ثلاث أخوات متفرقات لا مال له سواهن ولا وارث عتقن من رأس المال ، وهذا قول مالك . وان كان اشتراهن فكذلك فيما ذكره الخبرى عن أحمد : وهو قول ابن الماجشون وأهل البصرة وبعض أصحاب مالك . وعلى قول القاضى يعتق ثلثهن فى أحد الوجهين وهو قول مالك ، وفى الاخر يعتقن كلهن لكون وصية من لاوارث له جائزة فى جميع ماله فى أصح الروايتين . وان ترك مالا يخرجن من ثلثه عتقن وورثن

وقال أبو حنيفة : إذا اشتراهن أو وهبن له ولا مال له سواهن ولا وارث عتقن وتسعى كل واحدة من الاخت للأب والاخت للأم فى نصف قيمتها للأخت من الاب والام . وإنما لم يرثا لانهما لو ورثا لكان لهما خمسا الرقاب ، وذلك رقبة وخمس بينهما نصفين ، فكان يبقى عليهما سعاية ، واذا بقيت عليهما سعاية لم يرثا وكانت لهما الوصية وهى رقبة بينهما نصفين ، وأما الاخت للابوين فإذا ورثت عتقت لان لها ثلاثه أخماس الرقاب . وذلك أكثر من قيمتها فورثت وبطلت وصيتها . وقال أبو يوسف ومحمد : تبعض وتسعى كل واحدة من الاخت للأب والاخت من الام للأخت من الابوين فى خمسى قيمتها ، لان كل واحدة ترث ثلاثة أخماس رقبة وعلى قول الشافعى يعتقن

(فصل) وان اشترى المريض أباه بألف لا مال له سواه ثم مات وخلف ابنا فعلى القول الذى حكاه الخبرى يعتق كله على المريض وله ولاؤه ، وعلى قول القاضى يعتق ثلثه بالوصية ويعتق باقيه على الابن لانه جده ويكون ثلث ولائه للمشترى وثلثاه لإبنه ، وهذا قول مالك : وقيل هو مذهب الشافعى . وقال أبو حنيفة : يعتق ثلثه بالوصية ويسعى للإبن فى قيمة ثلثيه

وقال أبو يوسف ومحمد . يعتق سدسه لانه ورثه ويسعى فى خمسة أسداس قيمته

للإبن ولا وصية له ، وقيل على قول الشافعي بفسخ البيع إلا أن يجيز الابن عتقه ، وقيل يفسخ فى ثلثيه ويعتق فى ثلثه وللبائع الخيار لتفرق الصفقة عليه، وقيل لاخيار له لأنه متلف ، فإن ترك ألفين سواه عتق كله وورث سدس الألفين والباقى للابن وبهذا قال مالك وأبو حنيفة . وقيل نحوه على قول الشافعي . وقيل على قوله يعتق ولا يرث ، وقيل شراؤه مفسوخ

وقال أبو يوسف ومحمد : يرث الأب سدس التركة وهو خمسمائة يحتسب بها من رقبته ويسعى فى نصف قيمته ولا وصية له ، وان اشترى ابنه بألف لا يملك غيره ومات وخلف أباه عتق كله بالشراء فى الوجه الاول ، وفى الثانى يعتق ثلثه بالوصية وثلثاه على جده عند الموت وولاؤه بينهما أثلاثاً ، وبهذا قال مالك ، وقول الشافعي فيه على ما ذكرنا فى مسألة الأب . وقال أبو حنيفة . يعتق ثلثه بالوصية ويسعى فى قيمة ثلثيه للأب ولا يرث

وقال أبو يوسف ومحمد : يرث خمسة أسداسه ويسعى فى قيمة سدسه ، وان ترك ألفين سواه عتق كله وورث خمسة أسداس الالفين وللأب السدس ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : للأب سدس التركة خمسمائة وباقيها للابن يعتق منها ويأخذ ألفاً وخمسمائة ، وان خلف مالا يخرج المبيع من ثلثه فعلى الوجه الاول يعتق كله ويرث منه كأنه حر الاصل، وعلى الوجه الثانى يعتق منه بقدر ثلث التركة ويرث بقدر ما فيه من الحرية ، فإن لم يخلف المشترى أباً حراً ولكن خلف أخا حراً ولم يترك مالا عتق من رأس المال على الوجه الأول ويعتق ثلثه على الثانى ويرث الأخ ثلثيه ثم يعتق عليه . وقال أبو حنيفة : يعتق ثلثه ويسعى لعمه فى قيمة ثلثيه .

وقال أبو يوسف ومحمد : يعتق كله ولا سعاية ، وان خلف ألفين سواه عتق وورث الالفين ولا شيء للأخ فى الاقوال كلها إلا ما قيل على قول الشافعي انه يعتق ولا يرث : وقيل شراؤه باطل ، فإن اشترى ابنيه بألف لايملك غيره وقيمته ثلثا ألف وخلف ابنا آخر فعلى الوجه الاول يعتق من رأس المال ويستقر ملك البائع على قدر قيمته من الثمن وله ثلث الباقى لأن المشترى حاباه به ، ولم يبق من

التركة سواه فيكون له ثلثه وهو تسع ألف ويرد التسعين فتكون بين الابنين :
وعلى الوجه الثانى يعتق ثلثه ويرث أخوه ثلثه فيعتق عليه . وللبائع ثلث المحاباة ويرد ثلثيها فيكون ميراثا . وقال أبو حنيفة . الثلث للبائع ويسعى المشترى فى قيمته لأخيه . وقال أبو يوسف ومحمد : يسعى فى نصف رقبته ويرث نصفها . وقال الشافعى المحاباة مقدمة لتقديمها ويرث الابن الحر أخاه فيملكه ، وقيل يفسخ البيع فى ثلثيه ويعتق ثلثه ولا تقدم المحاباة لان فى تقديمها تقرير ملك الاب على ولده ، وقيل يفسخ البيع فى جميعه . فإن كانت قيمته ثلث الالف فعلى الوجه الاول يعتق من رأس المال وتنفذ المحاباة فى ثلث الباقى وهو تسعا ألف ويرد البائع أربعة أتساع ألف فتكون بين الابنين ، وعلى الوجه الآخر يحتمل وجهين :

أحدهما : تقديم العتق على المحاباة فيعتق جميعه ويرد البائع ثلثى الالف فيكون بينهما . والثانى أن يعتق ثلثه ويكون للبائع تسعا ألف ويرد أربعة أتساعها كما قلنا فى الوجه الاول

وقال أبو حنيفة : للبائع بالمحاباة الثلث ويرد الثلث ويسعى الابن فى قيمته لاخيه ، وفى قول أبى يوسف ومحمد يرد البائع ثلث الالف فيكون للابن الحر ، ويعتق الآخر بنصيبه من الميراث ، وقيل على قول الشافعى يرد البائع ثلث الالف فيكون ذلك مع الابن المشترى للحر وقيل غير ذلك ، وان اشتراه بألف لايملك غيره وقيمته ثلاثة آلاف ، فمن أعتقه من رأس المال جعله حراً ، ومن جعل ذلك وصية له أعتق ثلثه بالشراء ويعتق باقيه على أخيه الا فى قول الشافعى ومن وافقه فإن الحر يملك بقية أخته فيملك من رقبته قدر ثلثى الثمن . وذلك تسعا رقبة لانه يجعل ثمنه من الثلث دون قيمته ، وقيل يفسخ البيع فى ثلثيه وقيل فى جميعه ، وقال أبو حنيفة : يسعى لاخيه فى قيمة ثلثيه

وقال أبو يوسف ومحمد : يسعى له فى نصف قيمته ، فإن ترك ألفين سواه عتق كله ، لان التركة هى الثمن مع الالفين ، والثمن يخرج من الثلث فيعتق ويرث نصف الالفين وهو قول الشافعى؛ وقيل يعتق ولا يرث ، وعند أبى حنيفة وأصحابه التركة قيمته مع الالفين وذلك خمسة آلاف ، فعلى قول أبى حنيفة يعتق منه قدر ثلث

ذلك وهو ألف وثلثا ألف ويسعى لأخيه في الألف وثلث ألف وفي قول صاحبيه يعتق منه نصف ذلك وهو خمسة أسداس ويسعى لأخيه في خمسمائة والألفان لأخيه في قولهم جميعا .

ولو اشترى المريض ابني عم له بألف لا يملك غيره وقيمة كل واحد منهما ألف فأعتق أحدهما ثم وهبه أخاه ثم مات وخلفهما وخلف مولاة فإن قياس قول القاضي إن شاء الله أن يعتق ثلثا المعتق إلا أن يجيز المولى عتق جميعه ثم يرث بثلثيه ثلثي بقية التركة فيعتق منه ثمانية أتساعه ويبقى تسعه وثلث أخيه للمولى ويحتمل أن يعتق كله ويرث أخاه فيعتقان جميعا لأنه يصير بالاعتاق وارثا لثلثي التركة فتنفذ إجازته في إعتاق باقيه فتكمل له الحرية ثم يكمل الميراث له وفي قياس قول أبي الخطاب يعتق ثلثاه ولا يرث لأنه لو ورث لكان اعتاق وصية له فيبطل اعتاقه ثم يبطل إرثه فيؤدي توريثه الى إبطال توريثه . وهذا قول الشافعي ويبقى ثلثه وابن العم الآخر للمولى .

وقال أبو حنيفة : يعتق ثلثا المعتق ويسعى في قيمة ثلثه ولا يرث ، وقال أبو يوسف ومحمد يعتق كله ويعتق عليه أخوه بالهبة ويكونان أحق بالميراث من المولى فإن كان للميت مال سواهما أخذا ذلك المال بالميراث ويغرم بالمعتق لأخيه الموهوب نصف قيمته ونصف قيمة أخيه لأن عتق الأول وصية له ولا وصية لوارث وقد صار وارث مع أخيه فورث نصف قيمة نفسه ونصف قيمة أخيه وورث أخوه الباقي وكان أخوه الموهوب له هبة من المريض فعتق بقرابته منه ولم يعتق من المريض فلم يكن عتقه وصية بل استهلكها بالعتق الذي جرى فيها فيغرم الأول نصف قيمته ونصف قيمة أخيه لأخيه .

وأما قول أبي حنيفة فإن كان الميت لم يدع وارثا غيرهما عتقا وغرم الأول لأخيه نصف قيمة أخيه ولم يغرم له نصف قيمته نفسه لأنه إذا لم يدع وارثا جازت وصيته لأنهما لا يرثان ولا يعتقان حتى تجوز وصية الاول لانه متى بقيت عليه سعاية لم يرث واحد منهما ولم يعتق فلا بد من أن ينفذ للمعتق وصيه ليصير حرا فيعتق أخوه بعتقه وقد جازت له الوصية في جميع رقبته لان الميت إذا لم يدع وارثا جازت وصيته بجميع ماله ويرثان جميعا ويرجع الثاني على الأول بنصف

قيمته لأنه يقول قد صرت أنا وأنت وارثين فلا تأخذ من الميراث شيئا دونى وقد كانت رقبتى لك وصية وعتقت من قبلك فاضمن لى نصف رقبتى فإن كان معسراً وهناك مال غيرهما أخذ الثانى نصفه ثم أخذ من النصف الثانى نصف قيمة نفسه وكان ما بقى ميراثا لأخيه الاول .

(فصـــل)

وإذا كان للمريض ثلاثة آلاف فتبرع بألف ثم اشترى أباه مما بقى وله ابن فعلى قول من قال ليس الشراء بوصية يعتق الأب وينفذ من التبرع قدر ثلث المال حال الموت وما بقى فللأب سدسه وباقيه للابن . على قول القاضى ومن جعله وصية لا يعتق أب لأن تبرع المريض إنما ينفذ فى الثلث ويقدم الأول فالأول وإذا قدم التبرع لم يبق من الثلث شىء ويرثه الابن فيعتق عليه ولا يرث لأنه إنما عتق بعد الموت : وان وهب له أبوه عتق وورث لأن الهبة ليست بوصية ، وكذلك إن ورثه وان اشترى أباه ثم أعتقه لم يعتق على قول القاضى لانه اذا لم يعتق بالملك وهو أقوى من الاعتاق بالقول بدليل نفوذه فى حق الصبي والمجنون فأولى أن لا ينفذ بالقول .

(فصـــل) وان ملك المريض من يرثه ممن لا يعتق عليه كابن عمه فأعتقه فى مرضه كان اعتاقه وصية معتبرة من الثلث بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم أقرع بين العبيد الذين أعتقهم مالكهم عند موته ولم يكن له مال سواهم فاعتبر عتقهم من الثلث ، فعلى هذا يعتبر خروج المعتق من الثلث فإن خرج من الثلث عتق ولم يرث ذكره أبو الخطاب فى مريض ملك ابن عمه فى مرضه فأقر بأنه كان اعتقه فى صحته عتق ولم يرث لأنه لو ورث لكان اقراره لوارث فلا يقبل فيؤدى توريثه الى ابطال عتقه ثم يبطل ميراثه فكان اعتاقه من غير توريث اولى ومقتضى قول القاضى انه يعتق ويرث لأنه حر حين موت موروثه ليس بقاتل ولا مخالف لدينه ويرث كما لو ورثه وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث ولا يرث على القول الأول وعلى قول القاضى ينبغى ان يرث بقدر ما فيه من الحرية على ما يذكر فى المعتق بعضه .

(فصل) وما لزم المريض فى مرضه من حق لا يمكنه دفعه واسقاطه كأرش الجناية وجناية عبده وما عاوض عليه بثمن المثل . وما يتغابن الناس بمثله فهو من رأس المال لانعلم فيه خلافاً وهذا عند الشافعى وأصحاب الرأى ، وكذلك النكاح بمهر المثل جائز من رأس المال لأنه صرف لماله فى حاجة نفسه فيقدم بذلك على وارثه ، وكذلك لو اشترى جارية يستمتع بها كثيرة الثمن بثمن مثلها أو اشترى من الاطعمة التى لا يأكل مثله منها جاز وصح شراؤه لانه صرف لماله فى حاجته وان كان عليه دين أو مات وعليه دين قدم بذلك على وارثه لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصى بها أو دين) .

(فصــــل)

فأما ان قضى المريض بعض غرمائه ووفت تركته بسائر الديون صح قضاؤه ولم يكن لسائر الغرماء الاعتراض عليه ، وان لم يف بها ففيه وجهان .

أحدهما : أن لسائر الغرماء الرجوع عليه ومشاركته فيما أخذه ، وهو قول أبى حنيفة لأن حقوقهم تعلقت بماله بمرضه فمنعت تصرفه فيه بما ينقص ديونهم كتبرعه ولانه لو وصى بقضاء بعض ديونه لم يجز فكذلك اذا قضاها .

والثانى : أنهم لا يملكون الاعتراض عليه ولا مشاركته وهو قياس قول أحمد ومنصوص الشافعى لأنه أدى واجبا عليه فصح كما لو اشترى شيئا فأدى ثمنه أو باع بعض ماله وسلمه ويفارق الوصية فإنه لو اشترى ثيابا مثمنة صح ولو وصى بتكفينه فى ثياب مثمنة لم يصح، يحقق هذا أن ايفاء ثمن المبيع قضاء لبعض غرمائه وقد صح عقيب البيع فكذلك اذا تراخى اذ لا أثر لتراخيه .

(فصل) واذا تبرع المريض أو أعتق ثم أقر بدين لم يبطل تبرعه ، نص عليه أحمد فيمن أعتق عبده فى مرضه ثم أقر بدين عتق العبد ولم يرد الى الرق وهذا لأن الحق يثبت بالتبرع فى الظاهر فلم يقبل اقراره فيما يبطل به حق غيره .

(فصل) ويعتبر فى المريض الذى هذه أحكامه شرطان :

أحدهما : أن يتصل بمرضه الموت ولو صح فى مرضه الذى أعطى فيه ثم مات بعد ذلك فحكم عطيته حكم عطية الصحيح لانه ليس بمرض الموت .

الثانى : أن يكون مخوفا والأمراض على أربعة أقسام (غــير مخوف) مثل

وجع العين والضرس والصداع اليسير وحمى ساعة فهذا حكم صاحبه حكم الصحيح لأنه لا يخاف منه فى العادة .

الضرب الثانى : الأمراض الممتدة كالجذام وحمى الربع والفالج فى انتهائه والسل فى ابتدائه والحمى الغب : فهذا الضرب ان أضنى صاحبها على فراشه فهى مخوفة ، وان لم يكن صاحب فراش بل كان يذهب ويجىء فعطاياه من جميع المال ، قال القاضى : هذا تحقيق المذهب فيه ، وقد روى حرب عن أحمد فى وصية المجذوم والمفلوج من الثلث وهو محمول على أنهما صارا صاحبي فراش ، وبه يقول الأوزاعى والثورى ومالك وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور ، وذكر أبو بكر وجهان فى صاحب الأمراض الممتدة أن عطيته من صلب المال ، وهو مذهب الشافعى لانه لا يخاف تعجيل الموت فيه وإن كان لا يبرأ فهو كالهرم .

ولنا أنه مريض صاحب فراش يخشى التلف ، فأشبه صاحب الحمى الدائمه ، وأما الهرم فإن صار صاحب فراش فهو كمسألتنا .

الضرب الثالث : من تحقق تعجيل موته فينظر فيه فإن كان عقله قد اختل مثل من ذبح أو أبينت حشوته فهذا لا حكم لكلامه ولا لعطيته لأنه لا يبقى له عقل ثابت وإن كان ثابت العقل كمن خرقت حشوته أو اشتد مرضه ولم يتغير عقله صح تصرفه وتبرعه وكان تبرعه من الثلث فإن عمر (رض خرقت حشوته فقبلت وصيته ولم يختلف فى ذلك ، وعلى رضى الله عنه بعد ضرب ابن ملجم أوصى وأمر ونهى فلم يحكم ببطلان قوله .

الضرب الرابع : مرض مخوف لا يتعجل موت صاحبه يقينا لكنه يخاف ذلك كالبرسام ؛ وهو بخار يرقى الى الرأس ويؤثر فى الدماغ فيختل العقل، والحمى الصالب والرعاف الدائم لأنه يصفى الدم فيذهب القوة ، وذات الجنب وهو قرح بباطن الجنب ، ووجع القلب والرئة ، فإنها لا تسكن حركتها فلا يندمل جرحها ، والقولنج وهو أن ينعقد الطعام فى بعض الامعاء ولا ينزل عنه ، فهذه كلها مخوفه سواء كان معها حمى أو لم يكن ، وهى مع الحمى أشد خوفا ، فإن ثاوره الدم واجتمع فى عضو كان مخوفا لأنه من الحرارة المفرطة ، وإن هاجت به الصفراء فهى مخوفة لأنها تورث يبوسة وكذلك البلغم إذا هاج ، لأنه من شدة البرودة ،

وقد تغلب على الحرارة الغريزيه فتطفئها ، والطاعون مخوف لانه من شدة الحرارة إلا أنه يكون فى جميع البدن .

وأما الاسهال فإن كان منخرقا لا يمكنه منعه ولا إمساكه فهو مخوف ، وإن كان ساعة لان من لحقه ذلك أسرع فى هلاكه . وان لم يكن منخرقا لكنه يكون تارة وينقطع أخرى ، فإن كان يوماً أو يومين فليس بمخوف لان ذلك قد يكون من فضلة الطعام الا أن يكون معه زحير وتقطيع كأن يخرج متقطعاً ، فإنه يكون مخوفا لأن ذلك يضعف . وان دام الاسهال فهو مخوف سواء كان معه زحير أو لم يكن ، وما أشكل أمره من الامراض رجع فيه الى قول أهل المعرفة وهم الاطباء لانهم أهل الخبرة بذلك والتجربة والمعرفة ولا يقبل إلا قول طبيبين مسلمين ثقتين بالغين ، لان ذلك يتعلق به حق الوارث وأهل العطايا فلم يقبل فيه إلا ذلك .

وقياس قول الخرقى أنه يقبل قول الطبيب العدل إذا لم يقدر على طبيبين كما ذكرنا فى باب الدعاوى ، فهذا الضرب وما أشبهه عطاياه صحيحة لما ذكرناه من قصة عمر رضى الله عنه فإنه لما جرح سقاه الطبيب لبناً فخرج من جرحه فقال له الطبيب : اعهد الى النـاس ، فعهد اليهم ووصى فاتفق الصحابة على قبول عهده ووصيته ، وأبو بكر لما اشتد مرضه عهد الى عمر فنفذ عهده .

• مسألة • قال (وكذلك الحامل إذا صار لها ستة أشهر)

يعنى عطيتها من الثلث ، وهذا قول مالك ، وقال اسحاق اذا أثقلت لا يجوز لها الا الثلث ولم يحد وحكاه ابن المنذر عن أحمد ، وقال سعيد بن المسيب وعطاء وقتادة : عطية الحامل من الثلث .

وقال أبو الخطاب : عطية الحامل من رأس المال مالم يضربها المخاض فإذا ضربها المخاض فعطيتها من الثلث : وبهذا قال النخعى ومكحول ويحيى الانصارى والاوزاعى والثورى والعنبرى وابن المنذر ، وهو ظاهر مذهب الشافعى لانها قبل ضرب المخاض لا تخاف الموت ولانها انما تخاف الموت اذا ضربها الطلق فأشبهت صاحب الامراض الممتدة قبل أن يصير صاحب فراش . وقال الحسن والزهرى عطيتها كعطية الصحيح وهو القول الثانى للشافعى لان الغالب سلامتها ، ووجه قول الخرقى أن ستة الاشهر

وقت يمكن الولادة فيه وهى من أسباب التلف ، والصحيح إن شاء الله أنها إذا ضربها الطلق كان مخوفاً لأنه ألم شديد يخاف منه التلف فأشبهت صاحب سائر الأمراض المخوفة ، وأما قبل ذلك فلا ألم بها ، واحتمال وجوده خلاف العادة فلا يثبت الحكم باحتماله البعيد مع عدمه كالصحيح

فأما بعد الولادة فإن بقيت المشيمة معها فهو مخوف وإن مات الولد معها فهو مخوف لأنه يصعب خروجه ، وإن وضعت الولد وخرجت المشيمة وحصل ثم ورم أو ضربان شديد فهو مخوف ، وإن لم يكن شيء من ذلك فقد روى عن أحمد فى النفساء إن كانت ترى الدم فعطيتها من الثلث ، ويحتمل أنه أراد بذلك إذا كان معه ألم للزومه لذلك فى الغالب . ويحتمل أن يحمل على ظاهره فانها إذا كانت ترى الدم كانت كالمريض ، وحكمها بعد السقط كحكمها بعد وضع الولد التام ، وإن أسقطت مضغة أو علقة فلا حكم له إلا أن يكون ثم مرض أو ألم وهذا كله مذهب الشافعى إلا أن مجرد الدم عنده ليس بمخوف .

فصل

ويحصل الخوف بغير ما ذكرناه فى مواضع خمسة تقوم مقام المرض .

أحدها : إذا التحم الحرب واختلطت الطائفتان للقتال وكانت كل طائفة مكافئة للأخرى أو مقهورة ، فأما القاهرة منهما بعد ظهورها فليست خائفة ، وكذلك إذا لم يختلطوا بل كانت كل واحدة منهما متميزة سواء كان بينهما رمى بالسهام أو لم يكن فليست حالة خوف ، ولا فرق بين كون الطائفتين متفقتين فى الدين أو مفترقتين وبه قال مالك والأوزاعى والثورى ونحوه عن مكحول وعن الشافعى قولان .

أحدهما : كقول الجماعة ، والثانى : ليس بمخوف لأنه ليس بمريض .

ولنا أن توقع التلف ههنا كتوقع المرض أو أكثر فوجب أن يلحق به ، ولأن المرض انما جعل مخوفاً لخوف صاحبه التلف وهذا كذلك ، قال أحمد : اذا حضر القتال كان عتقه من الثلث وعنه اذا التحم الحرب فوصيته من المال كله ، فيحتمل أن يجعل هذا رواية ثانية ، وتسمى العطية وصية تجوزاً لكونها فى حكم الوصية ولكونها عند الموت ، ويحتمل أن يحمل على حقيقته فى صحة الوصية من المال

كله لكن يقف الزائد على الثلث على اجازة الورثة فإن حكم وصية الصحيح وخائف التلف واحد .

الثانية : اذا قدم ليقتل فهى حالة خوف سواء أريد قتله للقصاص أو لغيره وللشافعى فيه قولان .

أحدهما : أنه مخوف ، والثانى : ان جرح فهو مخوف والا فلا ، لأنه صحيح البدن والظاهر العفو عنه .

ولنا أن التهديد بالقتل جعل اكراها يمنع وقوع الطلاق وصحة البيع ويبيح كثيراً من المحرمات ولولا الخوف لم تثبت هذه الأحكام ، واذا حكم للمريض وحاضر الحرب بالخوف مع ظهور السلامة وبعد وجود التلف فمع ظهور التلف وقربه أولى ، ولا عبرة بصحة البدن فإن المرض لم يكن مثبتا لهذا الحكم لعينه بل لخوف افضائه الى التلف فثبت الحكم ههنا بطريق التنبيه لظهور التلف .

(الثالثة) اذا ركب البحر فإن كان ساكنا فليس بمخوف وان تموج واضطرب وهبت الريح العاصف فهو مخوف فإن الله تعالى وصفهم بشدة الخوف بقوله سبحانه (هو الذى يسيركم فى البر والبحر حتى اذا كنتم فى الفلك وجرين بهم بريح طيبة وفرحوا بها جاءتها ريح عاصف وجاءهم الموج من كل مكان وظنوا أنهم أحيط بهم دعوا الله مخلصين له الدين لئن أنجيتنا من هذه لنكونن من الشاكرين)

(الرابعة) الأسير والمحبوس اذا كان من عادته القتل فهو خائف عطيته من الثلث والا فلا ، وهذا قول أبى حنيفة ومالك وابن أبى ليلى وأحد قولى الشافعى ، وقال الحسن لما حبس الحجاج اياس بن معاوية : ليس له من ماله الا الثلث ، وقال أبو بكر عطية الأسير من الثلث ولم يفرق ، وبه قال الزهرى والثورى واسحاق وحكاه ابن المنذر عن أحمد ، وتأول القاضى ما روى عن أحمد فى هذا على ما ذكرناه من التفصيل ابتداء .

وقال الشعبى ومالك : الغازى عطيته من الثلث ، وقال مسروق اذا وضع رجله فى الغرز ، وقال الأوزاعى المحصور فى سبيل الله والمحبوس ينتظر القتل أو تفقأ عيناه هو فى ثلثه والصحيح ان شاء الله ما ذكرنا من التفصيل لأن مجرد الحبس والاسر من غير خوف القتل ليس بمرض ولا هو فى معنى المرض فى الخوف

فلم يجز إلحاقه به . وإذا كان المريض الذى لا يخاف التلف عطيته من رأس ماله فغيره أولى .

الخامسة : إذا وقع الطاعون ببلدة فعن أحمد أنه مخوف ، ويحتمل أنه ليس بمخوف فإنه ليس بمرض وإنما يخالف المرض والله أعلم .

(فصل) ويعتبر خروج العطية من الثلث حال الموت فيما خرج من الثلث تبينا أن العطية صحت فيه حال العطية . فإن نما المعطى أو كسب شيئا قسم بين الورثة وبين صاحبه على قدر مالهما فيه فربما أفضى الى الدور فمن ذلك إذا أعتق عبدا لا مال له سواه فكسب مثل قيمته فى حياة سيده فللعبد من كسبه بقدر ما عتق منه وباقيه لسيده فيزداد به مال السيد وتزداد الحرية لذلك ويزداد حقه من كسبه فينقص به حق السيد من الكسب وينقص بذلك قدر المعتق منه ، فيستخرج ذلك بالجبر فيقال عتق من العبد شيء وله من كسبه شيء لأن كسبه مثله وللورثة من العبد وكسبه شيئان لأن لهم مثلى ما عتق منه وقد عتق منه شيء ولا يحسب على العبد ما حصل له من كسبه لأنه استحقه بجزئه الحر لا من جهة سيده فصار للعبد شيئان وللورثة شيئان من العبد وكسبه فيقسم العبد وكسبه نصفين يعتق منه نصفه وله نصف كسبه وللورثة نصفها .

وان كسب مثلى قيمته فله من كسبه شيئان صار له ثلاثة أشياء ولهم شيئان فيقسم العبد وكسبه أخماسا يعتق منه ثلاثة أخماسه وله ثلاثة أخماس كسبه وللورثة خمساه وخمسا كسبه .

وان كسب ثلاثة أمثال قيمته فله ثلاثة أشياء من كسبه مع ما عتق منه ولهم شيئان فيعتق منه ثلثاه وله ثلثا كسبه ولهم الثلث منهما ، وان كسب نصف قيمته عتق منه شيء وله نصف شيء ولهم شيئان فالجميع ثلاثة أشياء ونصف إذا بسطتها أنصافاً صارت سبعة ، له ثلاثة أسباعها فيعتق ثلاثة أسباعه وله ثلاثة أسباع كسبه والباقى لهم ، فإن كانت قيمته مائة فكسب تسعة فاجعل له من كل دينار شيئا فقل عتق منه مائة شيء وله من كسبه تسعة أشياء ولهم مائتا شيء ويعتق منه مائة جزء وتسعة أجزاء من ثلثمائة وتسعة وله من كسبه مثل ذلك ولهم مائتا جزء من نفسه ومائتان من كسبه ، وان كان على السيد دين يستغرق قيمته وقيمة كسبه صرفا فى الدين

ولم يعتق منه شيء لأن الدين مقدم على التبرع . وان لم يستغرق قيمته وقيمة كسبه صرف من العبد وكسبه ما يقضي به الدين وما بقي منهما يقسم على ما يعمل فى العبد الكامل وكسبه ، فلو كان على السيد دين كقيمته صرف فيه نصف العبد ونصف كسبه وقسم النصف الباقي بين الورثة والعتق نصفين ، وكذلك بقية الكسب ؛ وان كسب العبد مثل قيمته وللسيد مال مثل قيمته قسمت العبد ومثلي قيمته على الأشياء الاربعة فلكل شيء ثلاثة أرباع فيعتق من العبد ثلاثة أرباعه وله ثلاثة أرباع كسبه ولو أعتق عبداً قيمته عشرون ثم أعتق عبداً قيمته عشرة فكسب كل واحد منهما مثل قيمته لكملت الحرية فى العبد الاول فيعتق منه شيء وله من كسبه شيء وللورثة شيئان ، ويقسم العبدان وكسبهما على الاشياء الاربعة ، فيكون لكل شيء خمسة عشر فيعتق منه بقدر ذلك ، وهو ثلاثة أرباعه وله ثلاثة أرباع كسبه والباقي لهم ، وان بدأ بعتق الادنى عتق كله وأخذ كسبه ويستحق الورثة من العبد الآخر وكسبه مثلي العبد الذى عتق وهو نصفه ونصف كسبه ويبقى نصفه ونصف كسبه بينهما نصفين فيعتق ربعه وله ربع كسبه ويرق ثلاثة أرباعه ويتبعه ثلاثة أرباع كسبه ، وذلك مثلا ما أعتق منهما ، وان أعتق العبدين دفعة واحدة قرعنا بينهما فمن خرجت له قرعة الحرية فحكمه كما لو بدأ باعتاقه .

(فصل) وان أعتق ثلاثة أعبد قيمتهم سواء وعليه دين بقدر قيمة أحدهم ، وكسب أحدهم مثل قيمته أقرعنا بينهم لإخراج الدين ، فإن وقعت على غير المكتسب عتق كله والمكتسب وماله للورثة ، وان وقعت قرعة الحرية على المكتسب عتق منه ثلاثة أرباعه وله ثلاثة أرباع كسبه وباقيه وباقي كسبه والعبد الآخر للورثة كما قلنا فيما اذا كان للسيد مال بقدر قيمته ولو وقعت قرعة الدين ابتداء على المكتسب لقضينا الدين بنصفه ونصف كسبه ثم أقرعنا بين باقيه وبين العبدين الآخرين فى الحرية فإن وقعت على غيره عتق كله وللورثة ما بقي ، وان وقعت على المكتسب عتق باقيه وأخذ باقي كسبه ثم نقرع بين العبدين لإتمام الثلث فمن وقعت عليه القرعه عتق ثلثه وبقي ثلثاه والعبد الاخر للورثه ولو كان العبد موهوبا لإنسان كان له من العبد وكسبه مثل ما للعبد من كسبه ونفسه فى هذه المسائل كلها .

(فصــــل)

وان أعتق عبدين متساويى القيمه بكلمة واحدة ولا مال له غيرهما فمات أحدهما أقرع بين الحى والميت فإن وقعت على الميت فالحى رقيق وتبين أن الميت نصفه حر ، لان مع الورثة مثلى نصفه ، وان وقعت على الحى عتق ثلثه ، ولا يحسب الميت على الورثه لانه لم يصل اليهم .

(فصل) رجل أعتق عبداً لا مال له سواه قيمته عشرة فمات قبل سيده وخلف عشرين فهى لسيده بالولاء وتبين أنه مات حراً وكذلك ان خلف أربعين وبنتا، وان خلف عشرة عتق منه شيء ولهمن كسبه شيء ولسيده شيئان وقد حصل فى يد سيده عشرة تعدل شيئين فتبين أن نصفه حر ونصفه رقيق والعشرة يستحقها السيد نصفها بحكم الرق ونصفها بالولاء فإن خلف العبد ابنا فله من رقبته شيء ومن كسبه شيء يكون لابيه بالميراث ولسيده شيئان ، فتقسم العشرة على ثلاثة للابن ثلثها وللسيد ثلثاها وتبين أنه عتق من العبد ثلثه .

وان خلف بنتا فلها نصف شيء وللسيد شيئان فصارت العشرة على خمسة للبنت خمسها وللسيد أربعة أخماسها تعدل شيئين فتبين أن خمسى العبد مات حراً . وان خلف العبد عشرين وابنا فله من كسبه شيئان يكونان لابنه ولسيده شيئان فصارت العشرون بين السيد وبين ابنه نصفين وتبين أنه عتق منه نصفه فإن مات الابن قبل موت السيد وكان ابن معتقه ورثه السيد لاننا تبينا أن أباه مات حراً لكون السيد ملك عشرين وهى مثلا قيمته فعتق وجر ولاء ابنه الى سيده فورثه ، وان لم يكن ابن معتقه لم ينجر ولاؤه ولم يرثه سيد أبيه ، وكذلك الحكم لو خلف هذا الابن عشرين ولم يخلف أبوه شيئا أو ملك السيد عشرين من أى جهة كانت ، وان لم يملك عشرين لم ينجر ولاء الابن اليه لان أباه لم يعتق ، وان عتق بعضه جر من ولاء ابنه بقدره . فلو خلف الابن عشرة وملك السيد خمسة فانك تقول عتق من العبد شيء ويجر من ولاء أبيه مثل ذلك ويحصل له من ميراثه شيء مع خمسته وهما يعدلان شيئين وباقى العشرة لمولى أمه فيقسم بين السيد ومولى الام نصفين وتبين أنه قد عتق من العبد نصفه وحصل للسيد خمسه من ميراث ابنه وكانت له خمسة وذلك مثلا ما عتق من العبد ، فان مات الابن فى حياة أبيه قبل موت سيده

وخلف مالا وحكمنا بعتق الأب أو عتق بعضه ورث مال ابنه إن كان حراً أو بقدر مافيه من الحرية ان كان بعضه حراً ولم يرث سيده منه شيئا ، وفى هذه المسائل خلاف تركت ذكره كراهة التطويل .

(فصل فى المحاباة فى المرض) وهى أن يعاوض بماله ويسمح لمن عاوضه ببعض عوضه وهى على أقسام .

أحدها : المحاباة فى البيع والشراء ولا يمنع ذلك صحة العقد فى قول الجمهور . وقال أهل الظاهر العقد باطل .

ولنا عموم قول الله تعالى (وأحل الله البيع) ولانه تصرف صدر من أهله فى محله فصح كغير المريض فلو باع فى مرضه عبداً لا يملك غيره قيمته ثلاثون بعشرة فقد حابى المشترى بثلثى ماله وليس له المحاباة بأكثر من الثلث فإن أجاز الورثة ذلك لزم البيع وان لم يجيزوا فاختار المشترى فسخ البيع فله ذلك لان الصفقة تبعضت عليه : وان اختار امضاء البيع فالصحيح عندى أنه يأخذ نصف المبيع بنصف الثمن ويفسخ البيع فى الباقى . وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعى .

والوجه الثانى أنه يأخذ ثلثى المبيع بالثمن كله ، الى هذا أشار القاضى فى نحو هذه المسألة لانه يستحق الثلث بالمحاباة والثلث الآخر بالثمن

وقال أهل العراق : يقال له ان شئت أديت عشرة أخرى وأخذت المبيع ، وان شئت فسخت ولا شىء لك، وعندمالك له أن يفسخ ويأخذ ثلث المبيع بالمحاباة ويسميه أصحابه خلع الثلث

ولنا أن فيما ذكرناه مقابلة بعض المبيع بقسطه من الثمن عند تعذر أخذ جميعه بجميعه فصح ذلك كما لو اشترى سلعتين بثمن فانفسخ البيع فى احداهما لعيب أو غيره ، كما لو اشترى شقصاً وسيفا فأخذ الشفيع الشقص ، أو كالشفعاء يأخذ كل واحد منهم جزءاً من المبيع بقسطه ، أو كما لو اشترى قفيزا يساوى ثلاثين بقفيز قيمته عشرة .

وأما الوجه الذى اختاره القاضى فلا يصح لانه أوجب له المبيع بثمن فيأخذ بعضه بالثمن كله فلا يصح، كما لو قال بعتك هذا بمائة فقال قبلت نصفه بها، ولانه اذا

فسخ البيع فى بعضه وجب أن يفسخه فى قدره من ثمنه : ولا يجوز فسخ البيع فيه مع بقاء ثمنه ، كما لا يجوز فسخ البيع فى الجميع مع بقاء ثمنه

وأما قول أهل العراق فإن فيه إجبار الورثه على المعاوضه على غير هذا الوجه الذى عاوض مورثهم ، وإذا فسخ البيع لم يستحق شيئا . لأن الوصية إنما حصلت فى ضمن البيع . فإذا بطل البيع زالت الوصية ، كما لو وصى لرجل بعينه أن يحج عنه بمائة وأجر مثله خمسون فطلب الخمسين الفاضلة بدون الحج ، وان اشترى عبدا يساوى عشرة بثلاثين فإنه يأخذ نصفه بنصف الثمن . وان باع العبد الذى يساوى ثلاثين بخمسة عشر جاز والبيع فى ثلثه بثلثى الثمن . وعلى قول القاضى للمشترى خمسة أسداسه بكل الثمن، وطريق هذا أن تنسب الثمن وثلث المبيع الى قيمته فيصح البيع فى قدر تلك النسبة وهو خمسة أسداسه ، وعلى الوجه الأول يسقط الثمن من قيمة المبيع وينسب الثلث الى الباقى فيصح البيع فى قدر تلك النسبة وهو ثلثاه بثلثى الثمن ، فإن خلف البائع عشرة أخرى فعلى الوجه الأول يصح البيع فى ثمانية أتساعه بثمانية أتساع الثمن . وعلى الوجه الثانى يأخذ المشترى نصفه وأربعة أتساعه بجميع الثمن ويرد نصف تسعه

وإن باع قفيز حنطة يساوى ثلاثين بقفيز يساوى عشرة أو بقفيز يساوى خمسة عشر تعين الوجه الذى اخترناه فى قول القاضى ومن وافقه : لأن المساواة ههنا شرط فى صحة البيع : ولا تحصل بغير هذا الوجه ، وطريق حسابها بالجبر فيما اذا باعه بما يساوى ثلث قيمته أن نقول : يجوز البيع فى شىء من الأرفع بشىء من الادون وقيمته ثلث شىء ، فتكون المحاباة بثلثى شىء ، ألقهما من الارفع يبقى قفيز الا ثلثى شىء يعدل مثلى المحاباة ، وذلك شىء وثلث شىء ، فإذا جبر به عدل شيئين فالشىء نصف القفيز

(فصل) القسم الثانى : المحاباة فى التزويج . اذا تزوج فى مرضه امرأة صداق مثلها خمسة فأصدقها عشرة لا يملك سواها ثم مات فإن ورثته بطلت المحاباة الا أن يجيزها سائر الورثة ، وان لم ترثه لكونها مخالفة له فى الدين أو غير ذلك فلها مهرها وثلث ما حاباها به ، وان ماتت قبله فورثها ولم تخلف مالا سوى ما أصدقها

دخلها الدور فتصح المحاباة فى شىء فيكون له خمسة بالصداق وشىء بالمحاباة ويبقى لورثة الزوج خمسة الاشياء ثم رجع اليهم بالميراث نصف مالها وهو اثنان ونصف ونصف شىء صار لهم سبعة ونصف الا نصف شىء يعدل شيئين ، اجبر وقابل يخرج الشىء ثلاثه فكان لها ثمانيه رجع الى ورثة الزوج نصفها أربعة صار لهم ستة ولورثتها أربعة . فإن ترك الزوج خمسة أخرى قلت يبقى مع ورثة الزوج اثنا عشر ونصف الا نصف شىء يعدل شيئين فالشىء خمسة فجازت لها المحاباة جميعها ورجع جميع ما حاباها به الى ورثة الزوج ويبقى لورثتها صداق مثلها . وان كان للمرأة خمسة ولم يكن للزوج شىء قلت يبقى مع ورثة الزوج عشرة الا نصف شىء يعدل شيئين فالشىء أربعة فيكون لها بالصداق تسعه مع خمسها أربعة عشر رجع الى ورثة الزوج نصفها مع الدينار الذى بقى لهم صار لهم ثمانية ولورثتها سبعة ، وان كان عليها دين ثلاثه قلت يبقى مع ورثة الزوج سته الا نصف شىء يعدل شيئين ، فالشى ديناران وخمسان

والباب فى هذا أن تنظر مايبقى فى يد ورثة الزوج فخمساه هو الشىء الذى صحت المحاباة فيه ، وذلك لانه بعدالجبر يعدل شيئين ونصفا والشىء هو خمسا شيئين ونصف وان شئت أسقطت خمسة وأخذت نصف ما بقى

(فصل)

القسم الثالث : أن يخالعها فى مرضها بأكثر من مهرها ، فذهب أحد أن لورثتها أن لا يعطوه أكثر من ميراثه منها يكون له الاقل من العوض أو ميراثه منها ، وبهذا قال أبو حنيفه . ان خالعها بعد دخوله بها وماتت قبل انقضاء عدتها لأنها متهمه فى أنها قصدت ايصال أكثر من ميراثه اليه ، وعند مالك ان زاد على مهر المثل فالزيادة مردودة : وعن مالك : ان خلع المريضه باطل ، وقال الشافعى الزيادة على مهر المثل محاباة تعتبر من الثلث

وقال أبو حنيفه ان خالعها قبل دخوله بها أو مات بعد انقضاء عدتها فالعوض من الثلث ، ومثال ذلك امرأة اختلعت من زوجها بثلاثين لا مال لها سواها وصداق مثلها اثنا عشر فله خمسة عشر ، سواء قل صداقها أو كثر لانها قدر ميراثه وعند الشافعى له ثمانية عشر ، اثنا عشر لانها قدر صداقها وثلث باقى المال بالمحاباة

وهو سته ، وان كان صداقها ستة فله أربعة عشر لأن ثلث الباقى ثمانيه : مريض تزوج امرأة على مائة لا يملك غيرها ومهر مثلها عشرة . ثم مرضت فاختلعت منه بالمائة ولا مال لها سواها فلها مهر مثلها ولها شيء بالمحاباة والباقى له ثم رجع اليه نصف مالها بالمحاباة وهو خمسة ونصف شيء صار مع ورثته خمسة وتسعون الا نصف شيء يعدل شيئين فبعد الجبر يخرج الشيء ثمانية وثلاثين فقد صح لها بالصداق والمحاباة ثمانية وأربعون وبقى مع ورثته اثنان وخمسون فرجع اليهم بالخلع أربعة وعشرون فصار معهم ستة وسبعون وبقى للمرأة أربعة وعشرون .

وعند الشافعى يرجع اليهم صداق المثل وثلث شيء بالمحاباة فصار بأيديهم مائة الا ثلثى شيء يعدل شيئين فالشيء ثلاثة أثمانها وهو سبعة وثلاثون ونصف فصار لها ذلك ومهر المثل رجع اليه مهر المثل وثلث الباقى اثنا عشر ونصف فيصير بأيدى ورثته خمسه وسبعون وهو مثلا محاباتها

وعند أبى حنيفة يرجع اليهم ثلث العشر وثلث الشيء فصار معهم ثلاثة وتسعون وثلث الا ثلثى شيء فالشيء ثلاثة أثمانها وهو خمسة وثلاثون مع العشرة صار لها خمسة وأربعون رجع الى الزوج ثلثها صار لورثتها ثلاثون ولورثته سبعون هذا اذا ماتت بعد انقضاء عدتها .

وان تركت المرأة مائة أخرى فعلى قولنا يبقى مع ورثة الزوج مائة وخمسة وأربعون الا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء خمسا ذلك وهو ثمانية وخمسون وهو الذى صحت المحاباة فيه فلها ذلك . وعشرة بالمثل صار لها مائة وثمانية وستون رجع الى الزوج نصفها أربعة وثمانون وكان الباقى معه اثنان وثلاثون صار له مائة وسته عشر ولورثتها أربعة وثلاثون

﴿ فصل فى الهبة ﴾

رجل وهب أخاه مائة لا يملك غيرها فقبضها ثم مات وخلف بنتا فقد صحت الهبه فى شيء والباقى للواهب ورجع اليه بالميراث نصف الشيء الذى جازت الهبة فيه صار معه مائة الا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء خمسا ذلك أربعون رجع

الى الواهب نصفها عشرون صار معه ثلاثون وبقى لورثة أخى الواهب عشرون وطريقها بالباب أن تأخذ عدداً لثلثه نصف وهو سته فتأخذ ثلثه اثنين وتلقى نصفه سهما يبقى سهم فهو للموهوب له ويبقى للواهب أربعه فتقسم المائة سهم على خمسة والسهم الذى أسقطته لا يذكر لأنه يرجع على جميع السهام الباقيه بالسويه فيجب اطراحه كالسهام الفاضلة عن الفروض فى مسألة الرد . وشبه هذه المسألة من مسائل الرد أم وأختان فللأختين أربعه وللأم سهم يسقط ذكر السهم السادس ، ولو كان ترك اثنتين ضربت ثلاثه فى ثلاثه صارت تسعه وأسقطت منها سهما يبقى سهمان فهى التى تبقى لورثة الموهوب له ويبقى سته للواهب وهى مثلا ما جازت الهبة فيه . وان خلف امرأة وبنتا فمسألتها من ثمانيه تضربها فى ثلاثه تكن أربعه وعشرين تسقط منها الثلاثه التى ورثها الواهب يبقى أحد وعشرون فهى المال وتأخذ ثلث الاربعة والعشرين وهى ثمانيه تلقى منها الثلاثه يبقى خمسه فهى الباقيه لورثة الموهوب له والباقى للواهب فتقسم المائه على هذه السهام

(فصل) فإن وهب مريض مريضا مائة لايملك سواها ثم عاد الموهوب له فوهبها للأول : ولايملك سواها فبالباب نضرب ثلاثة فى ثلاثه ونسقط منها سهما يبقى ثمانيه فاقسم المائة عليها لكل سهم خمسة وعشرون ثم خذ ثلثها ثلاثة أسقط منها سهما يبقى سهمان فهو للموهوب الأول وذلك هو الربع وبالجبر قد صحت الهبه فى شىء ثم صحت الهبه الثانيه فى ثلثه بقى للموهوب الأول ثلثا شىء والواهب مائه الا ثلثى شىء يعدل شيئين اجبر وقابل يخرج الشىء سبعه وثلاثين ونصفا رجع الى الواهب ثلثها اثنا عشر ونصف وبقى للموهوب له خمسة وعشرون ، فإن خلف الواهب مائه أخرى فقد بقى مع الواهب مائتان الا ثلثى شىء تعدل شيئين فالشىء ثلاثه أثمانها وذلك خمسة وسبعون رجع الى الواهب ثلثها بقى مع ورثته خمسون

(فصل) فإن وهب رجل رجلا جاريه فقبضها الموهوب له ووطئها ومهرها ثلث قيمتها ثم مات الواهب ولا شىء له سواها وقيمتها ثلاثون ومهرها عشرة فقد صحت الهبه فى شىء وسقط عنه من مهرها ثلث شىء وبقى للواهب أربعون إلا

شيئا وثلثا يعدل شيئين واجبر وقابل يخرج الشيء خمس ذلك وعشره وهو اثنا عشر وذلك خمسا الجارية فقد صحت الهبة فيه ويبقى للواهب ثلاثة أخماسها وله على الموهوب له ثلاثة أخماس مهرها ستة ، ولو وطئها أجنبي فكذلك ويكون عليه مهرها ثلاثة أخماسه للواهب وخمساه للموهوب له إلا أن نفوذ الهبه فيما زاد على الثلث منهما موقوف على حصول المهر من الواطيء فإن لم يحصل منه شيء لم تزد الهبه على ثلثها وكلما حصل منه شيء نفذت الهبة في الزيادة بقدر ثلثه ، وان وطئها الواهب فعليه من عقرها بقدر ما جازت الهبة فيه وهو ثلث شيء يبقى معه ثلاثون إلا شيئا يعدل شيئين فالشيء تسعة وهو خمس الجارية وعشرها وسبعة أعشارها لورثة الواطيء وعليهم عقر الذى جازت الهبة فيه فإن أخذ من الجارية بقدرها صار له خمساها .

(فصـــل)

وان وهب مريض رجلا عبداً لا يملك غـــيره فقتل العبد الواهب قبل الموهوب له إما أن تفديه وإما أن تسلمه فإن اختار تسليمه سلمه كله نصفه بالجناية ونصفه لانتقاص الهبة فيه وذلك لأن العبد كله قد صار الى ورثة الواهب وهو مثلا نصفه فتبين أن الهبة جازت في نصفه وان اختار فداءه روايتان .

إحداهما : يفديه بأقل الأمرين من قيمة نصيبه منه أو أرش جنايته .

والأخرى : يفديه بقدر ذلك من أرش جنايته بالغة ما بلغت ، فإن كانت قيمته دية فانك تقول صحت الهبة في شيء وتدفع اليهم نصف العبد وقيمة نصفه وذلك يعدل شيئين فتبين أن الشيء نصف العبد وان كانت قيمته ديتين واختار دفعه فان الهبه تجوز في شيء وتدفع اليهم نصفه يبقى معهم عبد إلا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء خمساه ويرد اليهم ثلاثة أخماسه لانتقاص الهبة وخمسا من أجل جنايته فيصير لهم أربعة أخماسه وذلك مثلا ما جازت الهبة فيه . وان اختار فداءه فداه بخمسي الدية ويبقى لهم ثلاثة أخماسه وخمسا الدية وهي بمنزلة خمس منه ويبقى له خمساه ، وان كانت قيمته نصف الدية أو أقل وقلنا نفديه بأرش جنايته نفذت الهبة في جميعه لأن أرشها أكثر من مثلي قيمته أو مثليها ، وان كانت قيمته ثلاثة أخماس الدية فاختار فداءه بالدية فقد صحت الهبة في شيء ويفديه

بشيء وثلثين فصار مع الورثة عبد وثلثا شيء يعدل شيئين فالشيء ثلاثة أرباع فتصح الهبة فى ثلاثة أرباع العبد ويرجع الى الواهب ربعه مائة وخمسون وثلاثة أرباع الدية سبعمائة وخمسون صار الجميع تسعمائة وهو مثلا ما صحت الهبة فيه ، فان ترك الواهب مائة دينار فاضممها إلى قيمة العبد ، فان اختار دفع العبد دفع ثلثه وربعه وذلك قدر نصف جميع المال بالجناية وباقيه لانتقاص الهبة فيصير العبد والمائة وذلك مثلاما جازت الهبة فيه . وان اختار الفداء فقدعلمت أنه يفدى ثلاثة أرباعه إذا لم يترك شيئا فزد على ذلك ثلاثة أرباع المائة يصير ذلك سبعة أثمان العبد فيفديه بسبعة أثمان الدية .

(فصل)

مريض أعتق عبداً لا مال له سواه قيمته مائة فقطع أصبع سيده خطأ فانه يعتق نصفه وعليه نصف قيمته ويصير للسيد نصفه ونصف قيمته وذلك مثلا ما عتق منه وأوجبنا نصف قيمته عليه لأن عليه من أرش جنايته بقدر ما عتق منه ، وحسابها أن تقول عتق منه شيء وعليه شيء للسيد فصار مع السيد عبد الا شيئا وشيء يعدل شيئين فأسقط شيئا بشيء بقي ما معه من العبد يعدل شيئاً مثل ما عتق منه ولو كانت قيمة العبد مائتين عتق خمساه لأنه يعتق منه شيء وعليه نصف شيء للسيد فصار للسيد نصف الشيء وبقية العبد يعدل شيئين فيكون بقية العبد يعدل شيئا ونصفا وهو ثلاثة أخماسه والشيء الذى عتق خمساه .

وان كانت قيمته خمسين أو أقل عتق كله لانه يلزمه مائة وهي مثلاه أو أكثر وان كانت قيمته ستين قلنا عتق منه شيء وعليه شيء وثلثا شيء للسيد مع بقية العبد يعدل شيئين فبقية العبد اذاً ثلث شيء فيعتق منه ثلاثة أرباعه ، وعلى هذا القياس الا أن ما زاد فى العتق على الثلث ينبغى أن يقف على أداء ما يقابله من القيمة كما اذا دبر عبداً وله دين فى ذمة غريم له فكلما اقتضى من القيمة شيئا عتق من الموقوف بقدر ثلثه .

(فصل) فان أعتق عبدين دفعة واحدة قيمة أحدهما مائة والآخر مائة وخمسون فجنى الأدنى على الأرفع جناية نقصته ثلث قيمته وأرشها كذلك فى حياة سيدهما ثم مات أقرعنا بين العبدين فان وقعت على الجانى عتق منه أربعة

أخماسه وعليه أربعه أخماس أرش جنايته وبق لورثة سيده خمسه وأرش جنايته والعبد الآخر وذلك مائة وستون وهو مثلا ما عتق منه .

وحسابها أن تقول عبد عتق منه شيء وعليه نصف شيء لأن جنايته بقدر نصف قيمته بقي للسيد نصف شيء وبقية العبدين تعدل شيئين فعلمت أن بقية العبدين شيء ونصف فاذا أضفت إلى ذلك الشيء الذي عتق صارا جميعاً يعدلان شيئين ونصفا فالشيء الكامل خمساهما وذلك أربعة أخماس أحدهما

وان وقعت قرعة الحرية على المجني عليه عتق ثلثه وله ثلث أرش جنايته يتعلق برقبة الجاني وذلك تسع الدية لأن الجناية على من ثلثه حر تضمن بقدر ما فيه من الحرية والرق والواجب له من الأرش يستغرق قيمة الجاني فيستحقه بها ولا يبقى لسيده مال سواه فيعتق ثلثه ويرق ثلثاه . وان أعتق عبدين قيمة أحدهما خمسون وقيمة الآخر ثلاثون لجني الأدنى على الأرفع فنقصه حتى صارت قيمته أربعين أقرعنا بينهما فإن خرجت القرعة للأدنى عتق منه شيء وعليه ثلث شيء فبعد الجبر تبين أن العبدين شيئان وثلثان فالشيء ثلاثة أثمانهما وقيمتهما سبعون فثلاثة أثمانها سبعة وعشرون وربع [1] وهي من الأدنى نصفه وخمساه ونصف سدس عشره ، وان وقعت على الآخر عتق ثلثه وحقه من الجناية أكثر من قيمة الجاني فيأخذه بها أو يفديه المعتق .

وقد بقيت فروع كثيرة وفيما ذكرنا مايستدل به على غيره إن شاء الله تعالى وكل موضع زاد العتق على ثلث العبدين من أجل وجوب الأرش للسيد تكون الزيادة موقوفة على أداء الأرش كما ذكرنا من قبل والله أعلم .

« مسألة » قال (ومن جاوز العشر سنين فوصيته جائزة إذا وافق الحق)

هذا المنصوص عن أحمد فانه قال في رواية صالح وحنبل : تجوز وصيته إذا بلغ عشر سنين قال أبو بكر لا يختلف المذهب أن من له عشر سنين تصح وصيته ومن له دون السبع لا تصح وصيته وما بين السبع والعشر فعلى روايتين . وقال ابن أبي موسى : لا تصح وصية الغلام لدون العشر ولا الجارية قولا واحداً

---

(١) صوابه ستة وعشرون وربع وهي من الأدنى نصفه وربعه وثمنه .

وما زاد على العشر فتصح على المنصوص ، وفيه وجه آخر لا تصح حتى يبلغ ، وقال القاضي وأبو الخطاب تصح وصية الصبي إذا عقل ، وروي عن عمر رض) أنه أجاز وصية الصبي ، وهو قول عمر بن عبد العزيز وشريح وعطاء والزهري وإياس وعبدالله بن عتبه والشعبي والنخعي ومالك وإسحاق ،قال اسحاق إذا بلغ اثنتي عشرة وحكاه ابن المنذر عن أحمد ، وعن ابن عباس لا تصح وصيته حتى يبلغ ، وبه قال الحسن ومجاهد وأصحاب الرأي وللشافعي قولان كالمذهبين واحتجوا بأنه تبرع بالمال فلا يصح من الصبي كالهبة والعتق ولأنه لا يقبل إقراره فلا تصح وصيته كالطفل

ولنا ما روي أن صبيا من غسان له عشر سنين أوصى لأخوال له فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فأجاز وصيته رواه سعيد ، وروى مالك في موطئه عن عبد الله بن أبي بكر عن أبيه أن عمرو بن سليم أخبره أنه قيل لعمر بن الخطاب ، إن ههنا غلاما يفاعا لم يحتلم وورثته بالشام وهو ذو مال وليس له ههنا الا ابنة عم له فقال عمر : فليوص لها فأوصى لها بمال يقال له بئر جشم ، قال عمرو بن سليم فبعت ذلك المال بثلاثين ألفا ، وابنة عمه التي أوصى لها هي أم عمرو بن سليم .

قال أبو بكر وكان الغلام ابن عشرة أو اثنتي عشرة سنة وهذه قصة انتشرت فلم تنكر ولأنه تصرف تمحض نفعا للصبي فصح منه كالإسلام والصلاة وذلك لأن الوصية صدقة يحصل ثوابها له بعد غناه عن ملكه وماله فلا يلحقه ضرر في عاجل دنياه ولا أخراه بخلاف الهبة والعتق المنجز فإنه يفوت من ماله ما يحتاج اليه وإذا ردت رجعت اليه وههنا لا يرجع اليه بالرد . والطفل لا عقل له ولا يصح إسلامه ولا عباداته .

وقوله « إذا وافق الحق » يعني إذا وصى بوصية يصح مثلها من البالغ صحت منه وإلا فلا ؛ قال شريح وعبد الله بن عتبة ، وهما قاضيان : من أصاب الحق أجزنا وصيته .

(فصل) فأما الطفل وهو من له دون السبع والمجنون والمبرسم فلا وصية لهم ، وهذا قول أكثر أهل العلم منهم حميد بن عبد الرحمن ومالك والأوزاعي والشافعي رضي الله عنهم وأصحاب الرأي ومن تبعهم ، ولا نعلم أحداً خالفهم

إلا إياس بن معاوية قال فى الصبي والمجنون إذا وافقت وصيتهم الحق جازت وليس بصحيح فإنه لا حكم لكلامهما ولا تصح عبادتهما ولا شيء من تصرفاتهما فكذا الوصية بل أولى فإنه إذا لم يصح إسلامه وصلاته التى هى محض نفع لا ضرر فيها فلأن لا يصح بذله للمال يتضرر به وارثه أولى ، ولأنها تصرف يفتقر إلى إيجاب وقبول فلا يصح منهما كالبيع والهبة .

(فصــــل)

فأما المحجور عليه لسفه فإن وصيته تصح فى قياس قول أحمد قال الخبرى ، وهو قول الأكثرين . وقال أبو الخطاب فى وصيته وجهان .

ولنا أنه عاقل تصح وصيته كالصبي العاقل : ولأن وصيته تمحضت نفعا له من غير ضرر فصحت كعباداته ، وأما الذى يجن أحيانا ويفيق أحيانا فإن وصى حال جنونه لم تصح ؛ وإن وصى فى حال عقله صحت وصيته لأنه بمنزلة العقلاء فى شهادته ووجوب العبادة عليه فكذلك فى وصيته وتصرفاته ، ولا تصح وصية السكران ، وقال أبو بكر فيه قولان يعنى وجهين .

ولنا أنه ليس بعاقل فلا تصح وصيته كالمجنون ، وأما إيقاع طلاقه فإنما أوقعه من أوقعه تغليظا عليه لارتكابه المعصية فلا يتعدى هذا إلى وصيته فانه لا ضرر عليه فيها إنما الضرر على وارثه ؛ وأما الضعيف فى عقله فإن منع ذلك رشده فى ماله فهو كالسفيه والا فهو كالعاقل .

(فصل) وتصح وصية الأخرس اذا فهمت اشارته لأنها أقيمت مقام نطقه فى طلاقه ولعانه وغيرهما ، فان لم تفهم اشارته فلا حكم لها وهذا قول أبى حنيفة والشافعي وغيرهما ، فأما الناطق اذا اعتقل لسانه فعرضت عليه وصية فأشار بها وفهمت اشارته لم تصح وصيته ، ذكره القاضى وابن عقيل وبه قال الثورى والأوزاعى وأبو حنيفة ، وقال الشافعى وابن المنذر تصح وصيته لأنه غير قادر على الكلام أشبه الأخرس . واحتج ابن المنذر بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم « صلى وهو قاعد فأشار اليهم فقعدوا » رواه البخارى وخرجه بن عقيل وجها اذا اتصل باعتقال لسانه الموت .

ولنا أنه غير مأيوس من نطقه فلم تصح وصيته باشارته كالقادر على الكلام ،

والخبر لا يلزم فان النبي صلى الله عليه وسلم كان قادراً على الكلام ، ولا خلاف في أن اشارة القادر لا تصح بها وصية ولا اقرار ففارق الاخرس لانه مأيوس من نطقه .

(فصل) وان وصى عبد أو مكاتب أو مدبر أو أم ولد وصية ثم ماتوا على الرق فلا وصية لهم لانه لا مال لهم ، وان أعتقوهم ثم ماتوا ولم يغيروا وصيتهم صحت لأن لهم قولا صحيحاً وأهلية تامة . وانما فارقوا الحر بأنهم لا مال لهم والوصية تصح مع عدم المال كما لو وصى الفقير الذي لا شيء له ثم استغنى . وان قال أحدهم متى عتقت ثم مت فثلثي لفلان وصية فعتق ومات صحت وصيته وبه قال أبو يوسف ومحمد وأبو ثور ولا أعلم عن غيرهم خلافهم .

(فصل) وتصح وصية المسلم الذمي ، والذمي المسلم . والذمي للذمي ، روى اجازة المسلم للذمي عن شريح والشعبي والثوري والشافعي رضي الله عنه واسحاق وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم . وقال محمد بن الحنفية وعطاء وقتادة في قوله تعالى (الا أن تفعلوا الى أوليائكم معروفا) هو وصية المسلم لليهودي والنصراني ، وقال سعيد حدثنا سفيان عن أيوب عن عكرمة ، أن صفية بنت حيي باعت حجرتها من معاوية بمائة ألف وكان لها أخ يهودي فعرضت عليه أن يسلم فيرث فأبى فأوصت له بثلث المائة ألف ، ولأنه تصح له الهبة فصحت الوصية له كالمسلم وأنها صحت وصية المسلم للذمي ، فوصية الذمي للمسلم . والذمي للذمي أولى ، ولا تصح الا بما تصح به وصية المسلم للمسلم ، ولو أوصى لوارثه أو لأجنبي بأكثر من ثلثه وقف على اجازة الورثه كالمسلم سواء .

(فصل) وتصح الوصيه للحربي في دار الحرب نص عليه أحمد ، وهو قول مالك وأكثر أصحاب الشافعي رضي الله عنه ؛ وقال بعضهم لا تصح ، وهو قول أبي حنيفة لان الله تعالى قال (لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم — الى قوله — انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين) الآيه . فيدل ذلك على أن من قاتلنا لا يحل بره .

ولنا أنه تصح هبته فصحت الوصيه له كالذمي ، وقد روى ، أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى عمر حلة من حرير فقال يا رسول كسوتنيها وقد قلت في حلة

عطارد ما قلت فقال : انى لم أعطكها لتلبسها ، فكساها عمر أخا مشركا له بمكة ، وعن أسماء بنت أبى بكر قالت : أتتنى أمى وهى راغبة — تعنى عن الاسلام — فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت : يا رسول الله أتتنى أمى وهى راغبة أفأصلها؟ قال : نعم ، وهذان فيهما صلة أهل الحرب وبرهم . والآية حجة لنا فيمن لم يقاتل ، فأما المقاتل فانه نهى عن توليه لا عن بره والوصيه له ، وان احتج بالمفهوم فهو لا يراه حجة ثم قد حصل الإجماع على جواز الهبة والوصية فى معناها ، فأما المرتد فقال أبو الخطاب تصح الوصيه له كما تصح هبته ، وقال ابن أبى موسى لا تصح لان ملكه غير مستقر ولا يرث ولا يورث فهو كالميت ، ولان ملكه يزول عن ماله بردته فى قول أبى بكر وجماعة فلا يثبت له الملك بالوصية .

فصل

ولا تصح الوصيه لكافر بمصحف ولا عبد مسلم ، لأنه لا يجوز هبتها له ولا بيعها منه ، وان أوصى له بعبد كافر فأسلم قبل موت الموصى بطلت الوصية وان أسلم بعد الموت وقبل القبول بطلت عند من يرى أن الملك لا يثبت الا بالقبول لانه لا يجوز أن يبتدى الملك على مسلم ، ومن قال يثبت الملك بالموت قبل القبول قال الوصيه صحيحة لأننا نتبين أن الملك يثبت بالموت لانه أسلم بعد أن ملكه ، ويحتمل أن لا يصح أيضا لانه يأتى بسبب لولاه لم يثبت الملك فمنع منه كابتداء الملك

(فصل) ولا تصح الوصية بمعصية وفعل محرم مسلما كان الموصى أو ذميا فلو وصى ببناء كنيسة أو بيت نار أو عمارتهما أو الانفاق عليهما كان باطلا ، وبهذا قال الشافعى رضى الله عنه وأبو ثور ، وقال أصحاب الرأى يصح ، فأجاز ابو حنيفة الوصيه بأرضه تبنى كنيسة وخالفه صاحباه ، وأجاز اصحاب الرأى ان يوصى بشراء خمر او خنازير ويتصدق بها على اهل الذمه ، وهذه وصايا باطلة وأفعال محرمة لانها معصية فلم تصح الوصيه بها ، كما لو وصى بعبده او امته للفجور ، وان وصى لكتب التوراة والانجيل لم تصح لانها كتب منسوخة وفيها تبديل والاشتغال بها غير جائزة وقد غضب النبى (ص) حين رأى مع عمر شيئا مكتوبا من التوراة ، وذكر القاضى انه لو اوصى لحصر البيع وقناديلها وما شاكل ذلك ولم يقصد اعظامها بذلك صحت الوصيه لان الوصيه لاهل الذمه ، فان النفع يعود اليهم والوصيه لهم صحيحة .

والصحيح أن هذا مما لا تصح الوصية به لأن ذلك إنما هو إعانة لهم على معصيتهم وتعظيم لكنائسهم ، ونقل عن أحمد كلام يدل لصحة الوصية من الذمي بخدمة الكنيسة ، والاول أولى وأصح ، وإن وصى ببناء بيت يسكنه المجتازون من أهل الذمه وأهل الحرب صح لان بناء مساكنهم ليس بمعصيه .

« مسألة » قال (ومن أوصى لأهل قرية لم يعط من فيها من الكفار إلا أن يذكرهم)

يعني به المسلم إذا أوصى لأهل قريته أو لقرابته بلفظ عام يدخل فيه مسلمون وكفار فهي للمسلمين خاصه ولا شيء للكفار . وقال الشافعي رضي الله عنه يدخل فيه الكفار لان اللفظ يتناولهم بعمومه ، ولان الكافر لو أوصى لأهل قريته أو قرابته دخل فيه المسلم والكافر فكذلك المسلم .

ولنا أن الله تعالى قال (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) فلم يدخل فيه الكفار إذا كان الميت مسلما ، وإذا لم يدخلوا في وصيه الله تعالى مع عموم اللفظ فكذلك في وصيه المسلم ، ولان ظاهر حاله أنه لا يريد الكفار لما بينه وبينهم من عداوة الدين وعدم الوصلة المانع من الميراث ووجوب النفقه على فقيرهم ، ولذلك خرجوا من عموم اللفظ في الاولاد والاخوة والازواج وسائر الالفاظ العامه في الميراث فكذا ههنا ، لان الوصيه أجريت مجرى الميراث ، وان صرح بهم دخلوا في الوصيه لان صريح المقال لا يعارض بقرينه الحال ، وإن وصى لهم وأهل القرية كلهم كفار أو وصى لقرابته وكلهم كفار دخلوا في الوصيه لانه لا يمكن تخصيصهم إذ في اخراجهم رفع اللفظ بالكلية ، وإن كان فيها مسلم واحد والباقي كفار دخلوا في الوصيه لان اخراجهم بالتخصيص ههنا بعيد وفيه مخالفه الظاهر من وجهين .

أحدهما : مخالفه لفظ العموم ، والثاني : حمل اللفظ الدال على الجمع على المفردة ، وان كان أكثر أهلها كفارا فظاهر كلام الخرقي أنه للمسلمين لانه أمكن حمل اللفظ عليهم وصرفه اليهم والتخصيص يصح وان كان بإخراج الاكثر ، ويحتمل أن يدخل الكفار في الوصيه لان التخصيص في مثل هذا بعيد فإن تخصيص الصورة النادرة قريب وتخصيص الاكثر بعيد يحتاج فيه الى دليل قوى ، والحكم في سائر ألفاظ

العموم مثل أن يوصي لأخوته أو عمومته أو بني عمه أو لليتامى أو للمساكين، كالحكم فيما إذا أوصى لأهل قريته، فأما إن أوصى بذلك كافر فإن وصيته تتناول أهل دينه، لأن لفظه يتناولهم وقرينة حاله إرادتهم. فأشبه وصية المسلم التي يدخل فيها أهل دينه وهل يدخل في وصيته المسلمون؟ نظرنا فإن وجدت قرينة دالة على دخولهم، مثل أن لا يكون في القرية إلا مسلمون دخلوا في الوصية، وكذلك إن لم يكن فيها إلا كافر واحد وسائر أهلها مسلمون، وإن انتفت القرائن ففي دخولهم وجهان. أحدهما لا يدخلون كما لم يدخل الكفار في وصية المسلم. والثاني يدخلون. لأن عموم اللفظ يتناولهم وهم أحق بوصيته من غيرهم، فلا يصرف اللفظ عن مقتضاه ومن هو أحق بحكمه إلى غيره، وإن كان في القرية كافر من غير أهل دين الموصي لم يدخل في وصيته، لأن قرينة حال الموصي تخرجه ولم يوجد فيه ماوجد في المسلم من الاولويه فبقي خارجا بحاله. ويحتمل أن لايخرج بناء على توريث الكفار بعضهم من بعض على اختلاف دينهم

«مسألة» قال ﴿ ومن أوصى بكل ماله ولا عصبة له ولا مولى له لجائز. وقد روى عن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى: لايجوز إلا الثلث ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن لم يخلف من ورائه عصبة ولا ذا فرض، فروى عنه أن وصيته جائزة بكل ماله، ثبت هذا عن ابن مسعود، وبه قال عبيدة السلماني ومسروق وإسحاق وأهل العراق: والرواية الاخرى لا يجوز إلا الثلث، وبه قال مالك والأوزاعي وابن شبرمة والشافعي والعنبري، لأن له من يعقل عنه فلم تنفذ وصيته في أكثر من ثلثه كما لو ترك وارثاً

ولنا أن المنع من الزيادة على الثلث إنما كان لتعلق حق الورثة، بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم «إنك ان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» وههنا لا وارث له يتعلق حق بماله، فأشبه حال الصحة، ولأنه لم يتعلق بماله حق وارث ولا غريم أشبه حال الصحة أو أشبه الثلث

(فصل) وإن خلف ذا فرض لا يرث المال كله كبنت أو أم لم يكن له الوصية بأكثر من الثلث، لأن سعداً قال للنبي صلى الله عليه وسلم «لايرثني الا ابنتي» فمنعه

النبي صلى الله عليه وسلم من الزيادة على الثلث ، ولأنها تستحق جميع المال بالفرض فأشبهت العصبه ، وإن كان لها زوج أو للرجل امرأة فكذلك : لأن الوصية تنقص حقه لأنه إنما يستحق فرضه بعد الوصيه لقوله تعالى : من بعد وصية يوصى بها أو دين)

فأما ذو الأرحام فظاهر كلام الخرقى أنه لا يمنع الوصية بجميع المال لقوله ، ولا عصبة له ولا مولى له ، وذلك لأن ذا الرحم إرثه كالفضلة والصلة ، ولذلك لا يصرف إليه شيء إلا عند عدم الرد ، والمولى لا تجب نفقته . ويحتمل أن لا تنفذ وصيته بأكثر من ثلثه لأن له وارثاً فيدخل فى معنى قوله عليه السلام ، إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس ، ولأنهم ورثة يستحقون ماله بعد موته وصلته لهم فى حياته . فأشبهوا ذوى الفروض والعصبات وتقديم غيرهم عليهم لا يمنع مساواتهم لهم فى مسألتنا كذوى الفروض الذين يحجب بعضهم بعضاً والعصبات .

(فصل) فإن خلف ذا فرض لا يرث المال كله ، وقال : أوصيت لفلان بثلثى على أنه لا ينقص ذا الفرض شيئا من فرضه أو خلف امرأة وقال أوصيت لك بما فضل من المال عن فرضها صح فى المسألة الأولى . لأن ذا الفرض يرث المال كله لولا الوصية ، فلا فرق فى الوصية بين أن يجعلها من رأس المال أو من الزائد على الفرض .

وأما المسألة الثانيه فتنبنى على الوصية بجميع المال ، فإن قلنا تصح ثم صحت ههنا لأن الباقى عن فرض الزوجة مال لا وارث له فصحت الوصية به كما لو لم تكن زوجه . وإن قلنا لا تصح ثم فهہنا مثله ، لأن بيت المال جعل كوارث فصار كأنه ذو ورثة يستغرقون المال إذا عين الوصيه من نصيب العصبه منهم فعلى هذا يعطى الموصى له الثلث من رأس المال ويسقط تخصيصه

(مسألة) قال (ومن أوصى لعبده بثلث ماله فإن كان العبد يخرج من الثلث عتق وما فضل من الثلث بعد عتقه فهو له ، وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث الا أن يجيز الورثه)

وجملة ذلك أنه إذا أوصى لعبده بجزء شائع من ماله كثلث أو ربع أو سدس صحت الوصية ، فإن خرج العبد من الوصيه عتق واستحق باقيها وان لم يخرج عتق منه بقدر الوصيه ، وبهذا قال الحسن وابن سيرين وأبو حنيفه : إلا أنهم قالوا ان لم يخرج من الثلث سعى فى قيمة باقيه

وقال الشافعى رضى الله عنه : الوصيه باطلة إلا أن يوصى بعتقه لأنه وصى بمال يصير للورثه فلم يصح ، كما لو وصى له بمعين

ولنا أن الجزء الشائع يتناول نفسه أو بعضه ، لأنه من جملة الثلث الشائع ، والوصية له بنفسه تصح ويعتق وما فضل يستحقه لأنه يصير حراً فيملك الوصيه فيصير كأنه قال : اعتقوا عبدى من ثلثى وأعطوه مافضل منه ، وفارق ما اذا أوصى بمعين لأنه لا يتناول شيئا منه

فصل

فإن أوصى له بمعين من ماله كثوب أو دار أو بمائة درهم فالوصيه باطلة فى قول الاكثرين وبه يقول الثورى وإسحاق وأصحاب الرأى ، وذكر ابن أبى موسى رواية أخرى عن أحمد أنها تصح ، وهو قول مالك وأبى ثور . وقال الحسن وابن سيرين إن شاء الورثه أجازوا وان شاءوا ردوا

ولنا أن العبد يصير ملكا للورثه فما وصى به له فهو لهم فكأنه أوصى لورثته بما يرثونه فلا فائدة فيه وفارق ما اذا أوصى له بمشاع لما ذكرناه

(فصل) وان وصى له برقبته فهو تدبير يعتق ان حمله الثلث ، وبهذا قال مالك وأصحاب الرأى . وقال أبو ثور الوصية باطله لانه لا يملك رقبته

ولنا أنه أوصى له بمن لا يملكه على الدوام فصح ، كما لو وصى بأبيه ، ولان معنى الوصيه له برقبته عتقه لعلمه بأنه لا يملك رقبته فصارت الوصيه به كناية عن اعتاقه بعد موته . وان أوصى له ببعض رقبته فهو تدبير لذلك الجزء وهل يعتقه جميعه اذا حمله الثلث ؟ على روايتين ذكرهما الخرقى فيما اذا دبر بعض عبده وهو مالك لكله . وقال أصحاب الرأى: يسعى فى قيمه باقيه . وهذا شيء يأتى فى باب العتق ان شاء الله تعالى

(فصل) وان أوصى لمكاتبه أو مكاتب وارثه أو مكاتب أجنبي صح ؛ سواء

أوصى له بجزء شائع أو معين لأن ورثته لا يستحقون المكاتب ولا يملكون ماله وان أوصى لام ولده صحت الوصية لأنها حرة حين لزوم الوصية . وقد روى عن عمر رضي الله عنه أنه أوصى لأمهات أولاده بأربعة آلاف أربعة آلاف . رواه سعيد . وروى ذلك عن عمران بن الحصين ، وبه قال ميمون بن مهران والزهرى ويحيى الأنصارى ومالك والشافعى وإسحاق . وان وصى لمدبره صح لأنه يصير حراً حين لزوم الوصيه . فصحت الوصيه له كأم الولد . وإن لم يخرج من الثلث هو والوصيه جميعا قدم عتقه على الوصيه لأنه أنفع . وقال القاضى : يعتق بعضه ويملك من الوصيه بقدر ما عتق منه

ولنا أنه وصى لعبده وصية صحيحة فيقدم عتقه على ما يحصل له من المال كما لو وصى لعبده القن بمشاع من ماله

(فصـــل)

وإن أوصى لعبد غيره صح وتكون الوصيه والقبول فى ذلك الى العبد لأن العقد مضاف اليه . فأشبه ما لو وهبه شيئا . فإذا قبل ثبت لسيده لأنه من كسب عبده وكسب العبد لسيده . ولا تفتقر فى القبول الى إذن السيد لأنه كسب فصح من غير اذن سيده كالاحتطاب . وهذا قول أهل العراق والشافعى . ولأصحابه وجه أن القبول يفتقر الى اذن السيد لأنه تصرف من العبد فأشبه بيعه وشراءه ،

ولنا أنه تحصيل مال بغير عوض فلم يفتقر الى اذنه كقبول الهبه وتحصيل المباح . وان وصى لعبد وارثه فهى كالوصية لوارثه يقف على اجازة الورثة ، وبه قال الشافعى وأبو حنيفة .

وقال مالك : ان كان يسيراً جاز لأن العبد يملك ، وانما لسيده أخذه من يده فإذا وصى له بشيء يسير علم أنه قصد بذلك العبد دون سيده

ولنا أنها وصية لعبد وارثه فأشبهت الوصية بالكثير : وما ذكروه من ملك العبد ممنوع ولا اعتبار به ، فانه مع هذا القصد يستحق سيده أخذه فهو كالكثير .

(فصل) واذا أوصى بعتق أمته على أن لا تتزوج ثم مات فقالت لا أتزوج عتقت ، فان تزوجت بعد ذلك لم يبطل عتقها ، وهذا مذهب الاوزاعى والليث وأبى ثور وابن المنذر وأصحاب الرأى ، وذلك لان العتق اذا وقع لايمكن رفعه ؛

وان أوصى لأم ولده بألف على أن لا تتزوج أو على أن تثبت مع ولده ففعلت وأخذت الالف ثم تزوجت وتركت ولده ففيها وجهان :

أحدهما : تبطل وصيتها لانه فات الشرط ففاتت الوصيه ، وفارق العتق فإنه لا يمكن رفعه .

والثانى لا تبطل وصيتها . وهو قول أصحاب الرأى لأن وصيتها صحت فلم تبطل بمخالفة ما شرط عليها كالاولى

(فصل) واختلف أصحابنا فى الوصية للقاتل على ثلاثة أوجه ، فقال ابن حامد تجوز الوصيه له ، واحتج بقول أحمد فيمن جرح رجلا خطأ فعفا المجروح ، فقال أحمد يعتبر من ثلثه ، قال وهذه وصية لقاتل ، وهذا قول مالك وأبي ثور وابن المنذر وأظهر قولى الشافعي رضى الله عنه ، لان الهبة له تصح فصحت الوصيه له كالذمى ، وقال أبو بكر لا تصح الوصية له : فإن أحمد قد نص على أن المدبر اذا قتل سيده بطل تدبيره والتدبير وصيه . وهذا قول الثورى وأصحاب الرأى لأن القتل يمنع الميراث الذى هو آكد من الوصيه ، فالوصية أولى ، ولان الوصيه أجريت مجرى الميراث فيمنعها ما يمنعه

وقال أبو الخطاب : ان وصى له بعد جرحه صح ، وان وصى له قبله ثم طرأ القتل على الوصيه أبطلها . جمعا بين نصى أحمد فى الموضعين ، وهو قول الحسن بن صالح ، وهذا قول حسن ، لان الوصية بعد الجرح صدرت من أهلها فى محلها ولم يطرأ عليها ما يبطلها ، بخلاف ما اذا تقدمت ، فإن القتل طرأ عليها فأبطلها ، لانه يبطل ما هو آكد منها ، يحققه أن القتل انما منع الميراث لكونه بالقتل استعجل الميراث الذى انعقد سببه فعورض بنقيض قصده وهو منع الميراث دفعاً لمفسدة قتل الموروثين ولذلك بطل التدبير بالقتل الطارىء عليه أيضا . وهذا المعنى متحقق فى القتل الطارىء على الوصيه . فإنه ربما استعجلها بقتله ، وفارق القتل قبل الوصيه فإنه لم يقصد به استعجال مال لعدم انعقاد سببه والموصى راض بالوصيه له بعد صدور ما صدر منه فى حقه ، ولا فرق بين العمد والخطأ فى هذا ، كما لا يفترق الحال بذلك فى الميراث ، وعلى هذا متى دبر عبده بعد جرحه اياه صح تدبيره

« مسألة » قال (وإذا قال : أحد عبدىَّ حر أقرع بينهما فمن تقع عليه القرعة فهو حر إذا خرج من الثلث)

وجملة ذلك : أنه إذا أعتق عبداً غير معين فإنه يقرع بينهما فيخرج الحر بالقرعة وقال أبو حنيفة والشافعى رضى الله عنه له تعيين أحدهما بغير قرعة لأنه عتق مستحق فى غير معين فكان التعيين إلى المعتق كالعتق فى الكفارة وكما لو قال لورثته اعتقوا عنى عبداً .

ولنا أنه عتق استحقه واحد من جماعة معينين فكان إخراجه بالقرعة كما لو أعتقهما فلم يخرج من ثلثه إلا أحدهما ودليل الحكم فى الأصل حديث عمران بن حصين ، فأما العتق فى الكفارة فإنه لم يستحقه أحد إنما استحق على المكفر التكفير وأما إذا قال أعتقوا عنى عبداً فإن لم يضفه الى عبيده ولا إلى جماعة سواهم فهو كالمعتق فى الكفارة ، وإن قال اعتقوا أحد عبيدى احتمل أن نقول بإخراجه بالقرعة كمسألتنا ، واحتمل أن يرجع فيه الى اختيار الورثة .

وأصل الوجهين ما لو وصى لرجل بعبد من عبيده هل يعطى أحدهم بالقرعة أو يرجع الى اختيار الورثة وسيأتى الكلام عليها . والفرق بين مسألتنا وبين هذه المسألة على هذا الوجه أنه جعل الأمر الى الورثة حيث أمرهم بالاعتاق فكانت الخيرة اليهم وفى مسألتنا لم يجعل لهم من الأمر شيئاً فلا يكون لهم خيرة .

فصل

ونقل صالح عن أبيه فيمن له غلامان اسمهما واحد فقال فلان حر بعد موتى وله مائتا درهم ولم يعينه يقرع بينهما فيعتق من خرجت له القرعة وليس له من المائتين شىء ، ووجه ذلك — والله أعلم — أن الوصية بالمائتين وقعت لغير معين ولا تصح الوصية إلا لمعين .

وقال القاضى يجب أن تصح هذه الوصية لأن مستحقها حر فى حال استحقاقها ونقل عن أحمد فيمن قال اعتقوا رقبة عنى فلا يعتق عنه إلا مسلم ، وذلك لأن المطلق فى كلام الآدمى يحمل على المطلق من كلام الله تعالى ولما أمر الله تعالى بتحرير رقبة لم يتناول إلا المسلم فكذلك الآدمى .

« مسألة » قال ﴿ وإذا أوصى أن يشترى عبد زيد بخمسمائة فيعتق فلم يبعه سيده فالخمسمائة للورثة وان اشتروه بأقل فما فضل فهو للورثة ﴾

أما إذا تعذر شراؤه إما لامتناع سيده من بيعه أو من بيعه بالخمسمائة وإما لموته أو لعجز الثلث عن ثمنه فالثمن للورثة لأن الوصية بطلت لتعذر العمل بها فاشبه ما لو وصى لرجل فمات قبل موت الموصى أو بعـــده ولم يدع وارثا ، ولا يلزمهم شراء عبد آخر لأن الوصية لمعين فلا تصرف الى غيره ، وأما إن اشتروه بأقل فالباقى للورثه .

وقال الثورى يدفع جميع الثمن الى سيد العبد لانه قصد إرفاقه بالثمن ومحاباته به فاشبه ما لو قال بيعوه عبدى بخمسمائة وقيمته أكثر منها وكما لو أوصى أن يحج عنه فلان حجة بخمسمائة ، وقال إسحاق يجعل بقية الثمن فى العتق كما لو أوصى أن يحج عنه بخمسمائة رد ما فضل فى الحج .

ولنا أنه أمر بشرائه بخمسمائة فكان ما فضل من الثمن راجعا اليه كما لو وكل فى شرائه فى حياته وفارق ما إذا أوصى أن يحج عنه رجل بخمسمائة لأن القصد ثم إرفاق الذى يحج بالفضلة وفى مسئلتنا المقصود العتق ، ويفارق ما إذا أوصى أن يحج عنه بخمسمائة لغير معين لأن الوصية ثم للحج مطلقا فصرف جميعها فيه وههنا لمعين فلا تتعداه : وقوله : إنه قصد ارفاق زيد بالثمن ومحاباته به فنقول الصحيح أنه ان كانت ثم قرينة تدل على ذلك اما لكون البائع صديقا له أو ذا حاجة أو من أهل الفضل الذين يقصدون بهذا، أو عين هذا الثمن وهو يعلم حصول العبد بدونه لقلة قيمته فإنه يدفع جميع الثمن الى زيد كما لو صرح بذلك فقال وادفعوا اليه جميعها وان بذله بدونها . وان انعدمت هذه القرائن فالظاهر أنه انما قصد العتق وقد حصل فكان الفاضل عائداً اليه كما لو أمره بالشراء فى حياته .

(فصل) وان وصى أن يشترى عبد بألف فيعتق عنه فلم يخرج من ثلثه اشترى عبد بما يخرج من الثلث . وبه قال الشافعى رضى الله عنه ، وقال أبو حنيفة تبطل الوصية لأنه أمر بشراء عبد بألف فلا يجوز للمأمور الشراء بدونه كالوكيل ولنا أنها وصية يجب تنفيــــذها إذا احتملها الثلث : فإذا لم يحتملها وجب

تنفيذها فيما حمله كما لو وصى بعتق عبده يحمله الثلث وفارق الوكالة فإنه لو وكله في إعتاق عبد لم يملك إعتاق بعضه ولو أوصى بإعتاق عبد لأعتق منه ما يحتمله الثلث فأما إن حمله الثلث فاشتراه وأعتقه ثم ظهر على الميت دين يستغرق المال ، فالوصية باطلة ويرد العبد الى الرق إن كان اشتراه بعين المال لأننا تبينا أن الشراء باطل بكونه اشترى بمال مستحق للغرماء بغير إذنهم ، وان كان الشراء في الذمة صح الشراء ونفذ العتق وعلى المشترى غرامة ثمنه ولا يرجع به على أحد لأن البائع ما غره انما غره الموصى ، ولا تركة له فيرجع عليها وهذا مذهب الشافعي ، ويحتمل أن يشارك الغرماء في التركة ويضرب معهم بقدر دينه لأن الدين لزمه بتغرير الموصى فيرجع به عليه فإذا كان ميتا لزمه في تركته كأرش جنايته .

(فصل) وان وصى بشراء عبد وأطلق أو وصى ببيع عبده وأطلق فالوصية باطلة لأن الوصية لا بد لها من مستحق ولا مستحق ههنا ، وان وصى ببيعه بشرط العتق صحت الوصية وبيع كذلك لأن في البيع ههنا نفعا للعبد بالعتق ، فإن لم يوجد من يشتريه كذلك بطلت الوصية لتعذرها كما لو وصى بشراء عبد ليعتق فلم يبعه سيده . وان وصى ببيعه لرجل بعينه بثمن معلوم بيع به لأنه قد قصد ارفاقه بذلك في الغالب وان لم يسم ثمنا بيع بقيمته وتصح الوصية لكونه قصد ايصال العبد بعينه الى رجل بعينه فيحتمل أن يتعلق الغرض بإرفاق العبد بإيصاله الى من هو معروف بحسن الملكة واعتاق الرقاب ، ويحتمل أن يريد ارفاق المشترى لمعنى يحصل له من العبد ، فإن تعذر بيعه لذلك الرجل أو أبى أن يشتريه بالثمن أو بقيمته ان لم يعين الثمن بطلت الوصية لما ذكرنا .

مسألة ، قال (واذا أوصى لرجل بعبد لا يملك غيره وقيمته مائة ولآخر بثلث ماله وملكه غير العبد مائتا درهم فأجاز الورثة ذلك فلمن أوصى له الثلث ثلث المائتين وربع العبد ولمن أوصى له بالعبد ثلاثة أرباعه ، وان لم يجز الورثة ذلك فلمن أوصى له بالثلث سدس المائتين وسدس العبد لأن وصيته في الجميع ولمن أوصى له بالعبد نصفه لأن وصيته في العبد)

وجملته : أنه اذا أوصى لرجل بمعين من ماله ولآخر بجزء مشاع منه كثلث المال وربعه فأجيز لهما انفرد صاحب المشاع بوصيته من غير المعين ثم شارك صاحب المعين فيه فيقتسمانه بينهما على قدر حقيهما فيه ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ماله فى الوصية كمسائل العول وكما لو أوصى لرجل بماله ولآخر بجزء منه ، فأما فى حال الرد فإن كانت وصيتهما لا تجاوز الثلث مثل أن يوصى لرجل بسدس ماله ولآخر بمعين قيمته سدس المال فهى كحال الإجازة سواء إذ لا أثر للرد ، وان جاوزت ثلثه رددنا وصيتهما إلى الثلث وقسمناه بينهما على قدر وصيتهما إلا أن صاحب المعين يأخذ نصيبه من المعين والآخر يأخذ حقه من جميع المال ، هذا هو قول الخرقى وسائر الأصحاب ويقوى عندى أنهما فى حال الرد يقتسمان الثلث على حسب مالهما فى الإجازة ، وهذا قول ابن أبى ليلى.

وقال أبو حنيفة ومالك فى الرد : يأخذ صاحب المعين نصيبه منه ويضم الآخر سهامه الى سهام الورثة ويقتسمون الباقى على خمسة فى مثل مسألة الخرقى لأن له السدس وللورثة أربعة أسداس وهو مثل قول الخرقى إلا أن الخرقى يعطيه السدس من جميع المال وعندهما أنه يأخذ خمس المائتين وعشر العبد واتفقوا على أن كل واحد من الوصيين يرجع إلى نصف وصيته لأن كل واحد منهما قد أوصى له بثلث المال وقد رجعت الوصيتان إلى الثلث وهو نصف الوصيتين فيرجع كل واحد إلى نصف وصيته ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ماله فى الوصية ، وفى قول الخرقى رحمة الله عليه يأخذ كل واحد منهما نصف وصيته من المحل الذى وصى له منه وصاحب الثلث يأخذ سدس الجميع لأنه وصى له بثلث الجميع .

وأما على قولنا فإن وصية صاحب العبد دون وصية صاحب الثلث لأنه وصى له بشىء أشرك معه غيره فيه كله وصاحب الثلث أفرده بشىء لم يشاركه فيه غيره فوجب أن يقسم بينهما الثلث حالة الرد على حسب مالهما فى حال الإجازة كما فى سائر الوصايا ففى مسألتنا هذه لصاحب الثلث ثلث المائتين ستة وستون وثلثان لا يزاحمه الآخر فيها ويشتركان فى العبد لهذا ثلثه وللآخر جميعه فابسطه من جنس الكسر وهو الثلث يصير العبد ثلاثة واضمم اليها الثلث الذى للآخر يصير أربعة ثم اقسم العبد على أربعة أسهم يصير الثلث ربعاً كما فى مسائل العول وفى حال الرد

تزدو صيتهما الى ثلث المال وهو نصف وصيتهما فيرجع كل واحد إلى نصف وصيته فيرجع صاحب الثلث الى سدس الجميع ويرجع صاحب العبد إلى نصفه، وفى قولنا يضرب مخرج الثلث فى مخرج الربع يكن إثنا عشر ثم فى ثلاثة تكن ستة وثلاثين فلصاحب الثلث ثلث المائتين وهو ثمانية من أربعين وربع العبد وهو ثلاثة أسهم صار له أحد عشر ولصاحب العبد ثلاثة أرباعه وذلك تسعة أسهم فبضمها الى سهام صاحب الثلث صار الجميع عشرين سهما فنى حال الرد تجعل الثلث عشرين سهما والمال كله ستون فلصاحب العبد تسعة من العبد وهو ربعه وخمسه ولصاحب الثلث ثمانية من الأربعين وهى خمسها وثلاثة من العبد وذلك عشره ونصف عشرة .

وإن كانت وصية صاحب المشاع بالنصف فله فى حال الإجازة مائة وثلث العبد ولصاحب العبد ثلثاه وفى الرد لصاحب المشاع خمس المائتين وخمس العبد ولصاحب العبد خمساه ، وعلى الوجه الآخر لصاحب المشاع ربع المائتين وسدس العبد ولصاحب العبد ثلثه ، وطريقها أن تنسب الثلث إلى ما حصل لهما فى الإجازة ثم تعطى كل واحد مما حصل له فى الإجازة مثل تلك النسبة .

وعلى الوجه الأول تنسب الثلث إلى وصيتهما ثم تعطى كل واحد فى الرد مثل الخارج بالنسبة : وبيانه فى هذه المسألة أن نسبة الثلث الى وصيتهما بالخمسين لأن النصف والثلث خمسة من ستة فالثلث خمساها فلصاحب العبد خمسا العبد لأنه وصيته ، ولصاحب النصف الخمس لأنه خمسا وصيته .

وعلى الوجه الآخر قد حصل لها فى الإجازة الثلثان ونسبة الثلث اليهما بالنصف فلكل واحد منهما مما حصل له فى الإجازة نصفه وقد كان لصاحب المشاع من المائتين نصفها فله ربعها وكان له من العبد ثلثه فصار له سدسه وكان لصاحب العبد ثلثاه فصار له ثلثه . وإن كانت المسألة بحالها وملكه غير العبد ثلاثمائة فنى الإجازة لصاحب المشاع مائة وخمسون وثلث العبد ولصاحب العبد ثلثاه، وفى الرد لصاحب المشاع تسعا المال كله ولصاحب العبد أربعة أتساعه على الوجه الأول . وعلى الوجه الثانى لصاحب العبد أربعة وسدسه وللآخر ثمنه ونصف سدسه (١)

---

(١) صوابه ثلثه وخمس تسعه وللآخر تسعه وثلث خمسه .

ومن المال ثمانون وهي ربعها وسدس عشرها ، وإن وصى لرجل بجميع ماله ولآخر بالعبد فني الإجازة لصاحب العبد نصفه والباقي كله للآخر . وفي الرد يقسم الثلث بينهما على خمسة . لصاحب العبد خمسه وهو ربع العبد وسدس عشره وللآخر أربعة أخماسه فله من العبد مثل ما حصل لصاحبه ومن كل مائة مثل ذلك وهو ثمانون ديناراً .

ولو خلف عبداً قيمته مائة ومائتين ووصى لرجل بمائة وبالعبد كله ووصى بالعبد لآخر . في حال الإجازة يقسم العبد بينهما نصفين وينفرد صاحب الثلث بثلث الباقي [1] . وفي الرد للموصى له بالعبد ثلثه وللآخر ثلثه وثلث المائة ، وعلى الوجه الآخر لصاحب العبد ربعه وللآخر ربعه ونصف المائه يرجع كل واحد منهما الى نصف وصيته ، فإن لم تزد الوصيتان على الثلث كرجل خلف خمسمائة وعبداً قيمته مائة ووصى لرجل بسدس ماله ولآخر بالعبد فلا أثر للرد ههنا ويأخذ صاحب المشاع سدس المال وسبع العبد والآخر ستة أسباعه ، وان وصى لصاحب المشاع بخمس المال فله مائة وسدس العبد ولصاحب العبد خمسة أسداسه ولا أثر للرد أيضا لأن الوصيتين لم يخرج بهما من المال أكثر من ثلثه

« مسألة » قال (ومن أوصى لقرابته فهو للذكر والانثى بالسويه ولا يجاوز بها أربعة آباء لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يجاوز بني هاشم بسهم ذي القربى)

وجملته أن الرجل اذا أوصى لقرابته أو لقرابة فلان كانت الوصية لأولاده وأولاد أبيه وأولاد جده وأولاد جد أبيه ، ويستوي فيه الذكر والأنثى ولا يعطى من هو أبعد منهم شيئا ، فلو وصى لقرابة النبي صلى الله عليه وسلم أعطى أولاده وأولاد عبد المطلب وأولاد هاشم ولم يعط بني عبد شمس ولا بني نوفل شيئا ، لان الله تعالى لما قال (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى) يعني قرباء النبي (ص) أعطى النبي (ص) هؤلاء الذين ذكرناهم ولم يعط من هو أبعد منهم ، كبني عبد شمس ونوفل شيئا ، إلا أنه أعطى بني المطلب ،

---

(١) صوابه بنصف الباقي

وعلل عطيتهم بأنهم . لم يفارقوا بنى هاشم فى جاهلية ولا إسلام ، ولم يعط قرابة أمه وهم بنو زهرة شيئاً ، ولم يعط منهم الا مسلما ، لحمل مطلق كلام الموصى على ما حمل عليه المطلق من كلام الله تعالى وفسر بما فسر به ، ويسوى بين قريبهم وبعيدهم وذكرهم وأنثاهم . لأن الوصية لهم سواء . ويدخل فى الوصيه الكبير والصغير والغنى والفقير . ولا يدخل الكفار لانهم لم يدخلوا فى المستحق من قربى النبى صلى الله عليه وسلم .

وقد نقل عبد الله وصالح عن أبيهما رواية أخرى : أنه يصرف الى قرابة أمه إن كان يصلهم فى حياته كأخواله وخالاته وأخواته من أمه . وإن كان لا يصلهم لم يعطوا شيئا لان عطيته لهم فى حياته قرينة دالة على صلته لهم بعد مماته وإلا فلا ، وعنه رواية أخرى : أنه يجاوز بها أربعة آباء ، ذكرها ابن أبى موسى فى الارشاد ، وهذه الرواية تدل على أن لفظه لا يتقيد بالقيد الذى ذكرناه ، فعلى هذا يعطى كل من يعرف بقرابته من قبل أبيه وأمه الذين ينسبون إلى الأب الأدنى الذى ينسب اليه ، وهذا مذهب الشافعى . لأنهم قرابة فيتناولهم الاسم ويدخلون فى عمومه ، واعطاء النبى صلى الله عليه وسلم لبعض قرابته تخصيص لا يمنع من العموم فى غير ذلك الموضع

وقد قال أبو حنيفة : قرابته كل ذى رحم محرم فيعطى من أدناهم اثنان فصاعداً ، فإذا كان له عمان وخالان فالوصية لعميه ، وان كان له عم وخالان فلعمه النصف ولخاليه النصف ، وقال قتاده : للأعمام الثلثان وللأخوال الثلث ، وبه قال الحسن : قال ويزاد الاقرب ببعض الزيادة ، وقال مالك : يقسم على الاقرب فالاقرب بالاجتهاد .

ولنا أن هذا الاسم له عرف فى الشرع ، وهو ما ذكرناه ، فيجب حمله عليه وتقديمه على العرف اللغوى ، كالوضوء والصلاة والصوم والحج ، ولا وجه لتخصيصه بذى الرحم المحرم : فإن اسم القرابه يقع على غيرهم عرفاً وشرعا ، وقد تحرم على الرجل ربيبته وأمهات نسائه وحلائل آبائه وأبنائه ولا قرابة لهم ، وتحل له ابنة عمه وعمته وابنة خاله وخالته وهن من أقاربه ، وما ذكره من التفصيل لا يقتضيه اللفظ ولا يدل عليه دليل فالمصير اليه تحكم .

فأما إن كان فى لفظه ما يدل على ارادة قرابة أمه كقوله وتفضل قرابتى من جهة أبى على قرابتى من جهة أمى ، أو قوله الا ابن خالتى فلانا أو نحو ذلك أو قرينة تخرج بعضهم عمل بما دلت عليه القرينة ، لأنها تصرف اللفظ عن ظاهره الى غيره .

(فصل) فإن وصى لأقرب أقاربه أو أقرب الناس اليه أو أقربهم به رحماً لم يدفع الى الابعد مع وجود الاقرب فيقدم الاب على كل من أدلى به من الاجداد والاخوة والاعمام ، والابن مقدم عليهم وعلى كل من أدلى به ، ويستوى الأب والابن لأن كل واحد منهما يدلى بنفسه من غير واسطة ، ويحتمل أن يقدم الابن لأنه يسقط تعصيب الاب ، والاول أولى لان اسقاط تعصيبه لا يمنع مساواته فى القرب ولا كونه أقرب منه ، بدليل أن ابن الابن يسقط تعصيبه مع بعده ويقدم الابن على الجد والاب على ابن الابن . وقال أصحاب الشافعى رضى الله عنه : يقدم ابن الابن على الاب فى أحد الوجهين لانه يسقط تعصيبه

ولنا أن الاب يدلى بنفسه ويلى ابنه من غير حاجز ولا يسقط ميراثه بحال ، بخلاف ابن الابن ، والاب والام سواء ، وكذلك الابن والبنت والجد أبو الاب وأبو الام وأم الاب وأم الام كلهم سواء ، ثم من بعد الاولاد أولاد البنين وان سفلوا الاقرب فالاقرب الذكور والاناث ، وفى أولاد البنات وجهان بناء على دخولهم فى الوقف ، ثم من بعد الولد الاجداد ، الاقرب منهم فالاقرب ، لأنهم العمود الثانى ، ثم الاخوة والاخوات لانهم ولد الاب أو من ولد الام ، ثم ولدهم وان سفلوا ، ولا شىء لولد الاخوات اذا قلنا لا يدخل ولد البنات ، واذا تساوت درجتهم فأولاهم ولد الابوين ، ويسوى بين ولد الاب وولد الام لانهما على درجة واحدة . وكذلك ولداهما

والأخ للأب أولى من ابن الاخ من الابوين كما فى الميراث : ثم بعدهم الاعمام ثم بنوهم وان سفلوا ، ويستوى العم من الاب والعم من الام وكذلك أبناؤهما ، وعلى هذا الترتيب ذكره القاضى ؛ وهذا مذهب الشافعى رضى الله عنه الا أنه يرى دخول ولد البنات والأخوات والاخوال والخالات . وهذا القول انما يخرج فى مذهب أحمد على الروايه الثالثه التى تجعل القرابه فيها كل من يقع عليهم اسم القرابه

فأما على الرواية التى اختارها الخرقى ، وأن القرابة اسم لمن كان من أولاد الآباء فلا يدخل فيه الأم ولا أقاربها لأن من لم يكن من القرابة لم يكن أقرب القرابة ، فعلى هذا تتناول الوصية من كان أقرب من أولاد الموصى وأولاد آبائه إلى أربعة آباء ولا يعدوهم ذلك ، وإن وصى لجماعة من أقرب الناس إليه أعطى لثلاثة من أقرب الناس إليه ، وإن وجد أكثر من ثلاثة فى درجة واحدة كالإخوة فالوصية لجميعهم لأن بعضهم ليس بأولى من بعض والاسم يشملهم ، وإن لم يوجد ثلاثة فى درجة واحدة كملت من الثانية : وإن كانت فى الدرجة الثانية جماعة سوى بينهم لما ذكرنا فى الدرجة الأولى وإن لم يكمل من الثانية فمن الثالثة فإذا وجد ابن وأخ وعم فالوصية بينهم أثلاثا ، وكذلك إن كان ابن وأخوان . وإن كان ابن وثلاثة اخوة دخل جميعهم فى الوصيه وينبغى أن يكون للابن ثلث الوصية ولهم ثلثاها ، فإن كان الابن وارثا سقط حقه من الوصية إن لم يجز له والباقى للاخوة ، وإن وصى لعصبته فهو لمن يرثه بالتعصيب فى الجملة سواء كانوا ممن يرث فى الحال أو لم يكن ويسوى بين قريبهم وبعيدهم لشمول اللفظ لهم ولا خلاف فى أنهم لا يكونون من جهة الأم بحال .

« مسألة » قال (وإن قال لأهل بيتى : أعطى من قبل أبيه وأمه)

يعنى تعطى أمه وأقاربها الأخوال والخالات وآباء أمه وأولادهم وكل من يعرف بقرابته والمنصوص عن أحمد فيما وقفنا عليه التسوية بين هذا اللفظ ولفظ القرابه فإنه قال فى رواية عبد الله إذا أوصى بثلث ماله لأهل بيته هو بمثابة قوله لقرابتى وحكاه ابن المنذر عن أحمد ، وقال أحمد : قال النبى صلى الله عليه وسلم « لا تحل الصدقة لى ولا لأهل بيتى » فجعل سهم ذى القربى لهم عوضا عن الصدقة التى حرمت عليهم فكان ذوو القربى الذين سماهم الله تعالى هم أهل بيته الذين حرمت عليهم الصدقه ، وذكر حديث زيد بن أرقم أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أذكركم الله فى أهل بيتى » قال قلنا : من أهل بيته ، نساؤه ؟ قال لا ، أصله وعشيرته الذين حرمت عليهم الصدقه : آل على وآل عقيل وآل جعفر وآل العباس » وقال القاضى : قال ثعلب أهل البيت عند العرب آباء الرجل وأولادهم

كالأجداد والأعمام وأولادهم ويستوى فيه الذكور والإناث ، وذكر القاضى أن أولاد الرجل لا يدخلون فى اسم القرابة ولا أهل بيته وليس هذا بشيء فإن ولد النبي صلى الله عليه وسلم من أهل بيته وأقاربه الذين حرموا الصدقه وأعطوا من سهم ذى القربى وهم من أقرب أقاربه فكيف لا يكونون من أقاربه وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لفاطمة وولديها وزوجها « اللهم هؤلاء أهل بيتى فأذهب عنهم الرجس وطهرهم تطهيرا » ؟ ولو وقف على أقارب رجل أو أوصى لأقاربه دخل فيه ولده بغير خلاف علمته . والخرقى عدهم فى القرابة بقوله « لا يجاوز بها أربعة آباء لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يجاوز بنى هاشم بسهم ذى القربى » فجعل هاشما الاب الرابع ولا يكون رابعا الا أن يعد النبي صلى الله عليه وسلم أبا لان هاشما إنما هو رابع النبي صلى الله عليه وسلم .

(فصل) وإن وصى لآله فهو مثل قرابته فإن فى بعض ألفاظ زيد بن أرقم « من آل رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أصله وعشيرته الذين حرموا الصدقة بعده : آل علي وآل العباس وآل جعفر وآل عقيل » والاصل فى آل أهل فقلبت الهاء همزة ، كما قالوا أهرقت الماء وأرقته ، ومدت لئلا تجتمع همزتان .

وإن وصى لعترته فقد توقف أحمد فى ذلك وهو فى عرف الناس عشيرته الادنون وولده الذكور والإناث وإن سفلوا فتصرف الوصية اليهم وبذلك فسره ابن قتيبة ، قال : ويدل على ذلك قول أبي بكر رضى الله عنه « نحن عترة النبي صلى الله عليه وسلم وبيضته التى تفقأت عنه » وقال ثعلب وابن الاعرابي : العترة الأولاد وأولاد الاولاد ولم يدخلا فى ذلك العشيرة ، والاول أصح وأشهر فى عرف الناس مع أنه قد دل على صحته قول أبي بكر رضى الله عنه فى محفل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينكره أحد وهم أهل اللسان فلا يعول على ما خالفه .

وإن وصى لقومه أو لنسبائه فقال أبو بكر هذا بمثابة أهل بيته ، وقال القاضى إذا قال لرحمى أو لأرحامى أو لأنسابى أو لمناسبى صرف الى قرابته من قبل أبيه وأمه ويتعدى ولد الاب الخامس ، فعلى هذا يصرف الى كل من يرث بفرض أو تعصيب أو بالرحم فى حال من الاحوال وقول أبي بكر فى المناسبين أولى من قول

القاضي ، لان ذلك في العرف يطلق على من كان من العشيرة التي ينتسبان اليها واذا كان كل واحد منها ينتسب الى قبيلة غير قبيلة صاحبه فليس بمناسب له .

(فصل) فإن وصى لمواليه وله موال من فوق وهم معتقوه فالوصيه لهم لان الاسم يتناولهم وقد تعينوا بوجودهم دون غيرهم . وان لم يكن له الا موال من أسفل فهو لهم كذلك ، وان اجتمعوا فالوصيه لهم جميعا يستوون فيها لان الاسم يشمل جميعهم ، وقال أصحاب الرأي : الوصية باطلة لانها لغير معين ، وقال أبو ثور يقرع بينهما لأن أحدهما ليس بأولى من الاخر ، وقال ابن القاسم هي للمولى من أسفل ولأصحاب الشافعي أربعة أوجه كقولنا وقول أصحاب الرأي . والثالث : هي للموالي من فوق لأنهم أقوى بدليل أنهم عصبة ويرثونه بخلاف عتقائه ، والرابع : يقف الامر حتى يصطلحوا .

ولنا أن الاسم يتناول الجميع حقيقة وعرفا فدخلوا في الوصية كما لو وصى لإخوته ، وقولهم ، غير معين ، غير صحيح فان من التعميم يحصل التعيين ولذلك لو حلف لاكلمت موالي حنث بكلام أيهم كان ، وقولهم ان المولى من فوق أقوى ، قلنا مع شمول الاسم لهم يدخل فيه الاقوى والاضعف كإخوته ولا شيء لابن العم ولا للناصر ولا لغير من ذكرنا لان الاسم ان لم يتناولهم حقيقة لم يتناولهم عرفا والاسماء العرفية تقدم على الحقيقية . ولا يستحق مولى ابنه مع وجود مواليه ، وقال زفر يستحق ولا يصح لان مولى ابنه ليس بمولى له حقيقة اذا كان له مولى سواه ، فان لم يكن له مولى فقال الشريف أبو جعفر : يكون لموالي أبيه ، وقال أبو يوسف ومحمد : لا شيء له لانه ليس بمولى له ، واحتج الشريف بأن الاسم يتناول موالي أبيه مجازاً فاذا تعذرت الحقيقة وجب صرف الاسم إلى مجازه والعمل به تصحيحا لكلام المكلف عند امكان تصحيحه ، ولان الظاهر ارادته المجاز لكونه محلا صحيحا وارادة الصحيح أغلب من ارادة الفاسد ، فان كان له موالي وموالي أب حين الوصية ثم انقرض مواليه قبل الموت لم يكن لموالي الاب شيء على مقتضى ما ذكرناه ، لان الوصية كانت لغيرهم فلا تعود اليهم الا بعقد ولم يوجد ، ولا يشبه هذا قوله أوصيت لأقرب الناس الى وله ابن وابن ابن فمات الابن حيث يستحق ابن الابن ، وان كان لا يستحق مع حياة الابن شيئا ،

لأن الوصية ههنا لموصوف بصفة وجدت فى ابن الابن كوجودها فى الابن حقيقة ، وفى المولى يقع الإسم على مولى نفسه حقيقة وعلى مولى أبيه مجازاً ، فمع وجودهم جميعا لايحمل اللفظ الا على الحقيقه ، وهذه الصفة توجد فى مولى أبيه ، قال الشريف : ويدخل فى الوصية للموالى مدبره وأم ولده ، لان الوصية انما تستحق بعد الموت ، وهم حينئذ موالى فى الحقيقة .

(فصـــل)

وان وصى لجيرانه فهم أهل أربعين دارا من كل جانب ، نص عليه أحمد، وبه قال الاوزاعي والشافعي، وقال أبو حنيفه : الجار الملاصق لان النبي صلى الله عليه وسلم قال « الجار أحق بصقبه » يعني الشفعه ؛ وانما تثبت للملاصق ولان الجار مشتق من المجاورة ، وقال قتادة : الجار الدار والداران .

وروى عن على رضى الله عنه فى قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا صلاة لجار المسجد الا فى المسجد » قال « من سمع النداء » وقال سعيد بن عمرو بن جعدة « من سمع الاقامة » وقال أبو يوسف : الجيران أهل المحلة فى مسجدين صغيرين متقاربين فالجميع جيران ، وان كانا عظيمين فكل أهل مسجد جيران ، وأما الامصار التى فيها القبائل فالجوار على الافخاذ

ولنا ما روى أبو هريرة أن النبي (ص) قال « الجار أربعون دارا هكذا وهكذا وهكذا وهكذا » وهذا نص لا يجوز العدول عنه ان صح ، وان لم يثبت الخبر فالجار هو المقارب ، ويرجع فى ذلك الى العرف

(فصـــل) وان وصى لأهل دربه أو سكته فهم أهل المحلة الذين طريقهم فى دربه .

(فصل) وان وصى لاصناف الزكاة المذكورين فى القرآن فهم الذين يستحقون من الزكاة ، وينبغي أن يجعل لكل صنف ثمن الوصيه ، كما لو وصى لثمان قبائل ، والفرق بين هذا وبين الزكاة حيث يجوز الاقتصار على صنف واحد أن آية الزكاة أريد بها بيان من يجوز الدفع اليه ، والوصيه أريد بها بيان من يجب الدفع اليه ويجوز الاقتصار من كل صنف على واحد لانه لا يمكن استيعابهم .

وحكى هذا عن أصحاب الرأى . وعن محمد بن الحسن أنه قال : لا يجوز الدفع الى أقل من اثنين .

وحكى أبو الخطاب رواية ثانية عن أحمد : أنه لا يجوز الدفع الى أقل من ثلاثة من كل صنف ، وهو مذهب الشافعى ، وأصل هذا الاختلاف فى الزكاة وقد ذكرناه : ولا يجوز الصرف إلا الى المستحق من أهل بلده ، وان وصى للفقراء وحدهم دخل فيه المساكين ، وان أوصى للمساكين دخل فيه الفقراء لأنهم صنف واحد فيما عدا الزكاة إلا أن يذكر الصنفين جميعاً ، فيدل ذلك على أنه أراد المغايرة بينهما ، ويستحب تعميم من أمكن منهم والدفع اليهم على قدر الحاجة والبداية بأقارب الموصى على ما ذكرنا فى باب الزكاة

(فصل)

وإن أوصى بشىء لزيد وللمساكين فلزيد نصف الوصيه ، وبهذا قال أبو حنيفة ومحمد ، وعن محمد : لزيد ثلثه وللمساكين ثلثاه ، لأن أقل الجمع اثنان ، وقال الشافعى : يكون كأحدهم ان عمهم أعطاه كواحد منهم ، وان قسم على ثلاثة منهم جعله كأحدهم . وحكى أصحابه وجهين آخرين . أحدهما كمذهبنا ؛ والثانى له ربع الوصية ، لأن أقل الجمع ثلاثة ، فإذا انضم اليهم صاروا أربعة

ولنا أنه جعل الوصية لجهتين فوجب ان يقسم بينهما ، كما لو قال لزيد وعمرو ، ولأنه لو وصى لقريش وتميم لم يشرك بينهم على قدر عددهم ولا على قدر من يعطى منهم ، بل يقسم بينهم نصفين كذلك ههنا ، وان كان زيد مسكينا لم يدفع اليه من سهم المساكين شىء ؛ وبه قال الحسن وإسحاق ، لأن عطفهم عليه يدل على المغايرة بينهما : اذ الظاهر المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه ، ولأن تجويز ذلك يفضى الى تجويز دفع الجميع اليه ولفظه يقتضى خلاف ذلك ، فأما ان كانت الوصية لقوم يمكن استيعابهم وحصرهم ، مثل أن يقول هذا لزيد واخوته فيحتمل أنه يكون كأحدهم لأنه شرك بينه وبينهم على وجه لا يجوز الاخلال ببعضهم فتساووا فيه ، كما لو قال : هذا لكم ، ويحتمل أن يكون كالتى قبلها

(فصل) وان قال اشتروا بثلثى رقابا فاعتقوهم لم يجز صرفه الى المكاتبين ، لانه وصى بالشراء لا بالدفع اليهم ، فإن اتسع الثلث لثلاثة لم يجز أن يشترى أقل

منها لانها أقل الجمع ، وان قدرت على أن تشترى أكثر من ثلاثة بثمن ثلاثة غالية، كان أولى وأفضل ، لان النبي صلى الله عليه وسلم قال « من أعتق امرأ مسلما أعتق الله بكل عضو منه عضوا من النار » ولأنه يفرج عن نفس زائدة فكان أفضل من عدم ذلك . وان أمكن شراء ثلاثة رخيصة وحصة من الرابعة بثمن ثلاثة غالية فالثلاثة أولى ، لان النبي (ص) لما سئل عن أفضل الرقاب قال « أغلاها ثمنا وأنفسها عند أهلها » والقصد من العتق تكميل الاحكام من الولاية والجمعة والحج والجهاد وسائر الاحكام التى تختلف بالرق والحرية ، ولا يحصل ذلك الا باعتاق جميعه . وهذا التفضيل — والله أعلم — من النبي (ص) للغالية انما يكون مع التساوى فى المصلحة .

فأما ان ترجح بعضهم بدين وعفة وصلاح ومصلحة له فى العتق ، بأن يكون مضرورا بالرق فله صلاح فى العتق ، وغيره له مصلحه فى الرق ولا مصلحة له فى العتق ، وربما تضرر به من فوات نفقته وكفالته ، ومصالحه وعجزه بعد العتق عن الكسب وخروجه عن الصيانة والحفظ ، فإن اعتاق من كثرت المصلحة فى اعتاقه أفضل وأولى وإن قلت قيمته ، ولا يسوغ اعتاق من فى اعتاقه مفسدة ، لان مقصود الموصى تحصيل الثواب والاجر ، ولا أجر فى اعتاق هذا

ولا يجوز أن يعتق الا رقبة مسلمة ، لان الله تعالى لما قال (فتحرير رقبة) لم يتناول الا المسلمه ، ومطلق كلام الآدمى محمول على مطلق كلام الله تعالى ، ولا يجوز اعتاق معيبة عيباً يمنع الاجزاء فى الكفارة لما ذكرنا والله أعلم .

(فصل)

ونقل المروذى عن احمد فيمن أوصى بثلثه فى أبواب البر . يجزأ ثلاثة أجزاء : جزء فى الجهاد ، وجزء يتصدق به فى قرابته ، وجزء فى الحج : وقال فى رواية أبى داود : الغزو يبدأ به ، وحكى عنه أنه جعل جزءا فى فداء الاسرى ، وهذا والله أعلم ليس على سبيل اللزوم والتحديد ، بل يجوز صرفه فى جهات البر كلها ، لان اللفظ للعموم ، فيجب حمله على عمومه ، ولا يجوز تخصيص العموم بغير دليل وربما كان غير هذه الجهات أحوج من بعضها وأحق ، وقد تدعو الحاجة الى تكفين ميت واصلاح طريق وفك أسير واعتاق رقبة وقضاء دين واغاثة ملهوف أكثر

من دعائها الى حج من لا يجب عليه الحج ، فيكلف وجوب ما لم يكن عليه واجباً وتعباً كان الله قد أراحه منه من غير مصلحة تعود على أحد من خلق الله ، فتقديم هذا على ما مصلحته ظاهرة والحاجة اليه داعية بغير دليل تحكم لا معنى له .

واذا قال : ضع ثلثي حيث يريك الله فله صرفه فى أى جهة من جهات القرب رأى وضعه فيها عملا بمقتضى وصيته . وذكر القاضى أنه يجب صرفه الى الفقراء والمساكين ، والافضل صرفه الى فقراء أقاربه ، فان لم يجد فالى محارمه من الرضاع ، فان لم يكن فالى جيرانه . وقال أصحاب الشافعى : يجب ذلك لانه رده الى اجتهاده فيما فيه الحظ . وهذا حظ

ولنا أنه قد يرى غير هذا أهم منه وأصلح فلا يجوز تقييده بالتحكم ، ونقل أبو داود عن أحمد أنه سئل عن رجل أوصى بثلثه فى المساكين وله أقارب محاويج لم يوص لهم بشىء ولم يرثوا فانه يبدأ بهم فانهم أحق ، قال وسئل عن النصرانى يوصى بثلثه للفقراء من المسلمين أيعطى اخوته وهم فقراء ؟ قال نعم هم أحق يعطون خمسون درهما لا يزادون على ذلك ، يعنى لا يزاد كل واحد منهم على ذلك لانه القدر الذى يحصل به الغنى

« مسئلة » قال (واذا وصى أن يحج عنه بخمسمائة فما فضل رد فى الحج)

وجملته أنه اذا أوصى أن يحج عنه بقدر من المال وجب صرف جميع ذلك فى الحج اذا حمله الثلث لانه وصى بجميعه فى جهة قربة فوجب صرفه فيها ، كما لو وصى به فى سبيل الله ، وليس للولى أن يصرف الى من يحج أكثر من نفقة المثل لانه أطلق التصرف فى المعاوضة فاقتضى ذلك عوض المثل كالوكيل فى البيع ، ثم لا يخلو اما أن يكون بقدر نفقة المثل لحجة واحدة فيصرف فيها أو ناقصا عنها فيحج به من حيث يبلغ فى ظاهر منصوص أحمد ، فانه قال فى رواية حنبل فى رجل أوصى أن يحج عنه ولا تبلغ النفقة ، فقال : يحج عنه من حيث تبلغ النفقة للراكب من أهل مدينته ، وهذا قول العنبرى

وقال القاضي . يعان به في الحج ، وهو قول سوار القاضي حكاه عنه العنبري وعن أحمد أنه مخير في ذلك ، قال في رواية أبي داود في امرأة أوصت بحج لا يجب عليها : أرى أن يؤخذ ثلث مالها فيعان به في الحج أو يحج من حيث يبلغ .

الحال الثالث : أن يفضل عن الحجة فيدفع في حجة ثانية ثم في ثالثة إلى أن ينفد أو يبقى ما لا يبلغ حجة فيحج عنه من حيث يبلغ على ماذكرنا من الخلاف فيه ، ولا يستنيب في الحج مع الامكان الا من بلد المحجوج عنه ، لانه نائب عن الميت وقائم مقامه فينوب عنه من موضع لو حج المنوب عنه لحج منه ، فان كان الموصى به لا يحمله الثلث لم يخل من أن يكون الحج فرضاً أو تطوعا ، فان كان فرضا أخذ أكثر الامرين من الثلث أو القدر الكافي لحج الفرض ، فان كان الثلث أكثر أخذ ثم يصرف منه في الفرض قدر ما يكفيه ثم يحج بالباقي تطوعا حتى ينفد كما ذكرنا من قبل ، وان كان الثلث أقل تمم قدر مايكفي الحج من رأس المال ، وبهذا قال عطاء وطاوس والحسن وسعيد بن المسيب والزهري والشافعي وإسحاق .

قال سعيد بن المسيب والحسن كل واجب من رأس المال ، وقال ابن سيرين والنخعي والشعبي وحماد بن ابي سليمان والثوري وابو حنيفة وداود بن ابي هند : ان وصى بالحج فمن ثلثه والا فليس على ورثته شيء ، فعلى قولهم ان لم يف الثلث بالموصى به والا لم يزد على الثلث ، لان الحج عبادة فلا تلزم الوارث كالصلاة .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «لو كان على أبيك دين أكنت تقضيه ؟ قال نعم ، قال فدين الله أحق ان يقضى » والدين من رأس المال فلهو أحق منه أولى ولانه واجب فكان من رأس المال كدين الآدمي ، وان كان تطوعا أخذ الثلث لا غير اذا لم يجز الورثه ويحج به على ما ذكرنا فيما مضى

(فصل) واذا أوصى بحج واجب أو غيره من الواجبات ، كقضاء دين وزكاة واخراج كفارة لم يخل من أربعة أحوال :

أحدها : ان يوصي بذلك من صلب ماله ، فهذا تأكيد لما وجب بالشرع ويحج عنه من بلده ، وان لم يف ماله بذلك اخذ ماله كله يدفع في الواجب ، كما لو لم يوص .

(الثاني) أن يوصى بأداء الواجب من ثلث ماله فيصح أيضا ، فإن لم تكن له وصية غير هذه لم تفد شيئا ويؤدى من المال كله كما لو لم يوص ، وإن كان قد أوصى بتبرع لجهة أخرى قدم الواجب ، وإن فضل من الثلث شيء فهو للتبرع ، وان لم يفضل شيء سقطت ، وان لم يف الثلث بالواجب أتم من رأس المال هكذا ذكر القاضي .

وقال أبو الخطاب : يزاحم بالواجب أصحاب الوصايا فيحتمل أنه أراد مثل ما ذكر القاضي ويحتمل أنه أراد أن الثلث يقسم بين الوصايا كلها الواجب والتبرع بالحصص فما حصل للواجب أتم من رأس المال فيدخله الدور وتعمل بالجبر فتقول في رجل أوصى بحجة واجبة كفايتها عشرة من ثلثه ووصى بصدقة تطوع عشرة ومات فلم يخلف إلا ثلاثين فاعزل تتمة الواجب من المال وهي شيء مجهول وخذ ثلث الباقي عشرة إلا ثلث شيء واقسمه بين الوصيين لكل واحد خمسة إلا سدس شيء اضمم الشيء الذي عزلته الى ما حصل للحجة فصار شيئا وخمسة الا سدس شيء يعدل عشرة وخذ من الشيء سدسه فاجبر به بعض الخمسة يبقى خمسة أسداس شيء يعدل خمسة فالشيء اذا ستة ، ومتى أخذت ستة من ثلاثين بقي أربعة وعشرون ، ثلثها ثمانية لصاحب الصدقة نصفها أربعة وللواجب أربعة مع الستة صار الجميع عشرة فإن كان عليه أيضا دين خمسة عزلت تتمة الحج شيئا وتتمة الدين نصف شيء بقي ثلث المال عشرة الا نصف شيء واقسمه بين الوصايا فيحصل للحج أربعة الا خمس شيء أضمم اليها تتمته يصر شيئا وأربعة الا خمس شيء يعدل عشرة وبعد الجبر يصير أربعة أخماس شيء تعدل ستة فرد على الستة ربعها تصر سبعة ونصفا يعدل شيئا فالشيء سبعة ونصف ، ونصف الشيء ثلاثة ونصف وربع وبقية المال ثمانية عشر وثلاثة أرباع ثلثها ستة وربع ، للدين خمسها واحد وربع اذا ضممت اليه تتمته كمل خمسة وللحج اثنان ونصف تكمل به تتمة وللصدقة اثنان ونصف ؛ وفي عملها طريق آخر وهو أن يقسم الثلث بكماله بين الوصايا بالقسط ثم ما بقي من الواجب أخذه من الورثة وصاحب التبرع بالقسط ، ففي المسألة الأولى يحصل للواجب خمسة يبقى له خمسة يأخذ من صاحب التبرع دينارا ومن الورثة أربعة ، وفي المسألة الثانية حصل للحج أربعة وبقي له ستة وحصل للدين ديناران

ويبقى له ثلاثة فيأخذان ما بقى لهما من الورثة ثلاثة ومن صاحب التبرع ثلاثة فيأخذ صاحب الحجة من الورثة أربعة ومن صاحب التبرع دينارين ويأخذ صاحب الدين دينارين من الورثة وديناراً من صاحب التبرع.

(الثالث) أن يوصي بالواجب ويطلق فهو من رأس المال فيبدأ بإخراجه قبل التبرعات والميراث فإن كان ثم وصية تبرع فلصاحبها ثلث الباقي، وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي، وذهب بعضهم الى أن الواجب من الثلث كالقسم الذي قبله لأنه إنما يملك الوصية بالثلث.

ولنا أن الحج كان واجباً من رأس المال وليس في وصيته ما يقتضي تغييره فيبقى على ما كان عليه كما لو لم يوص به. وقولهم لا تملك الوصية الا بالثلث، قلنا في التبرع. فأما في الواجبات فلا تنحصر في الثلث ولا تتقيد به.

(القسم الرابع) أن يوصي بالواجب ويقرن الوصية بالتبرع مثل أن يقول حجوا عني وأدوا ديني وتصدقوا عني ففيه وجهان.

أحدهما: أن الواجب من رأس المال لأن الاقتران في اللفظ لا يدل على الاقتران في الحكم ولا في كيفيته ولذلك قال الله تعالى (كلوا من ثمره اذا أثمر وآتوا حقه يوم حصاده) والأكل غير واجب والإيتاء واجب وههنا قد عطف غير الواجب عليه فكما لم يستويا في الوجوب لا يلزم استواؤهما في محل الاخراج

والثاني: أنه من الثلث لأنه قرن به ما مخرجه من الثلث

(مسألة) قال (وان قال حجة بخمسمائة فما فضل فهو لمن يحج)

وجملته أنه اذا أوصى أن يحج عنه بقدر من المال حجة واحدة وكان فيه فضل عن قدر ما يحج به فهو لمن يحج لأنه قصد ارفاقه بذلك فكأنه صرح، فإن قال حجوا عني حجة واحدة بخمسمائة وما فضل منها فهو لمن يحج ثم ان عين من يحج عنه فقال يحج عني فلان بخمسمائة صرف ذلك اليه، وان لم يعين أحداً فللوصي صرفها الى من شاء لأنه فوض اليه الاجتهاد الا أنه لا يملك صرفها الى وارث اذا كان فيها فضل الا باذن الورثة، وان لم يكن فيها فضل جاز لأنها لا محاباة فيها ثم ينظر فإن كان الحج للموصى به تطوعا فجميع القدر الموصى به من الثلث،

وان كان واجبا فالزائد عن نفقة المثل معتبر من الثلث ، وان لم يف الموصى به بالحج الواجب أتم من رأس المـــال ، وان كان تطوعا فإنه يحج به من حيث يبلغ على ما مضى .

(فصل) وان عين رجلا أن يحج فأبى أن يحج بطل التعيين ويحج عنه بأقل ما يمكن انسان ثقة سواه ويصرف الباقي الى الورثة ، ولو قال المعين اصرفوا الحجة الى من يحج وادفعوا الفضل اليَّ لأنه موصى به لي لم يصرف اليه شيء لانه انما أوصى له بالزيادة بشرط أن يحج فإذا لم يفعل لم يوجد الشرط ولم يستحق شيئا

« مسألة » قال (وان قال حجوا عني حجة فما فضل رد الى الورثة)

أما اذا أوصى بحجة ولم يذكر قدراً من المال فانه لا يدفع الى من يحج الا قدر نفقة المثل لما ذكرناه ، وان فضل فضل عن ذلك فهو للورثة ، وهذا ينبني على أن الحج لا يجوز الاستئجار عليه ، انما ينوب عنه فيه نائب فما ينفق عليه فيما يحتاج اليه فهو من مال الموصي ، وما بقي رده على ورثته ، وان تلف المال في الطريق فهو من مال الموصي وليس على النائب اتمام المضي الى الحج عنه .

وعلى الرواية الأخرى يجوز الاستئجار عليه فلا يستأجر الا ثقة بأقل ما يمكن وما فضل فهو لمن يحج لأنه ملك ما أعطي بعد الاجارة ، وان تلف المال في الطريق بعد قبض الاجير له فهو من ماله ويلزمه اتمام الحج

وان قال حجوا عني ولم يقل حجة واحدة لم يحج عنه الا حجة واحدة ، لانه أقل ما يقع عليه الاسم . فإن عين مع هذا من يحج عنه فقال يحج عني فلان فإنه يدفع اليه قدر نفقته من بلده اذا خرج من الثلث ، فإن أبى الحج الا بزيادة تصرف اليه فينبغي أن يصرف اليه أقل قدر يمكن أن يحج به غيره ، وان أبى الحج وكان واجبا استنيب غيره بأقل ما يمكن استنابته به ، وان كان تطوعا احتمل بطلان الوصية لانه عين لها جهة . فاذا لم تقبلها بطلت الوصية ، كما لو قال بيعوا عبدي لفلان بمائة فأبى شراءه ، ويحتمل أن لا تبطل ويستناب غيره لانه قصد القربة والتعيين، فاذا بطل التعيين لم تبطل القربة ، كما لو قال بيعوا عبدي لفلان وتصدقوا بثمنه فلم يقبل فلان فانه يباع لغيره ويتصدق به .

(فصل) وإذا أوصى لرجل أن يخرج عنه حجة لم يكن للوصى الحج بنفسه نص عليه أحمد كما لو قال تصدق على لم يجز أن يتصدق على نفسه ، وان قال حج عنى بما شئت صح وله ما شاء الا أن لا يجيز الورثة فله الثلث .

(فصل) إذا أوصى أن يحج عنه زيد بمائة ولعمرو بتمام الثلث ولسعد بثلث ماله فأجاز الورثة أمضيت على ماقال الموصى وان لم يفضل عن المائة شيء فلا شيء لعمرو لأنه إنما أوصى له بالفضل ولا فضل وان رد الورثة قسم الثلث بينهم نصفين لسعد السدس ولزيد مائة وما فضل من الثلث فلعمرو فإن لم يفضل شيء فلا شيء لعمرو لأنه إنما أوصى له بالزيادة ولا زيادة ، ولا تمنع المزاحمة به ولا يعطى شيئا كولد الأب مع الأخ من الابوين فى مزاحمة الجد . ويحتمل أنه متى كان فى الثلث فضل عن المائة أن يرد كل واحد منهم الى نصف وصيته لان زيداً إنما استحق المائة بالاجازة فمع الرد يجب أن يدخل عليه من النقص بقدر وصيته كسائر الوصايا وقد ذكرنا نظير هذه المسألة فيما تقدم فإن امتنع زيد من الحج وكانت الحجة واجبة استنيب ثقة غيره فى الحج بأقل ما يمكن وتمام المائة للورثة ولعمرو ما فضل فإن كانت الحجة تطوعا ففى بطلان الوصية بهما وجهان ذكرناهما فيما مضى .

فصل

وان أوصى لزيد بعبد بعينه ولعمرو ببقية الثلث قوّم العبد يوم موت الموصى لأنه حال نفوذ الوصية ودفع الى زيد ودفع بقية الثلث الى عمرو فإن لم يبق من الثلث شيء بطلت وصية عمرو ، وان مات العبد بعد موت الموصى أو رد زيد وصيته بطلت ولم تبطل وصية عمرو ، وهكذا إن مات زيد قبل موت الموصى أو بعده وان مات العبد قبل موت الموصى قومنا التركة حال موت الموصى بدون العبد ثم يقوّم العبد لو كان حيا فإن بقى من الثلث بعد قيمته شيء فهو لعمرو وإلا بطلت وصيته .

ولو قال لأحد عبديه أنت مدبر ثم قال لآخر أنت مدبر فى زيادة الثلث عن قيمة الأول ثم بطل تدبير الأول لرجوعه فيه أو خروجه مستحقاً أو غير ذلك فهى كالتى قبلها على ما ذكرنا .

« مسألة » قال (ومن أوصى بثلث ماله لرجل فقتل عمداً أو خطأ وأخذت الدية فلمن أوصى له بالثلث ثلث الدية في إحدى الروايتين والأخرى ليس لمن أوصى له بالثلث من الدية شيء)

اختلفت الرواية عن أحمد فيمن أوصى بثلث ماله أو جزء منه مشاع فقتل الموصي وأخذت ديته هل للوصي منها شيء أو لا ؟ فنقل مهنا عن أحمد أنه يستحق منها ، وروى ذلك عن علي رضي الله عنه في دية الخطأ ، وهو قول الحسن ومالك ونقل ابن منصور عن أحمد لا يدخل الدية في وصيته ، وروى ذلك عن مكحول وشريك وأبي ثور وداود ، وهو قول إسحاق .

وقال مالك في دية العمد : لأن الدية إنما تجب للورثة بعد موت الموصي بدليل أن سببها الموت فلا يجوز وجوبها قبله لأن الحكم لا يتقدم سببه ولا يجوز أن تجب للميت بعد موته لأنه بالموت تزول أملاكه الثابتة له فكيف يتجدد له ملك ؟ فلا يدخل في الوصية لأن الميت إنما يوصي بجزء من ماله لا بمال ورثته .

ووجه الرواية الأولى أن الدية تجب للميت لأنها بدل نفسه ونفسه له فكذلك بدلها ولأن بدل أطرافه في حال حياته له فكذلك بدلها بعد موته ولهذا تقضى منها ديونه ويجهز منها إن كان قبل تجهيزه وإنما يزول من أملاكه ما استغنى عنه . فأما ما تعلقت به حاجته فلا ولأنه يجوز أن يتجدد له ملك بعد الموت كمن نصب شبكة فسقط فيها صيد بعد موته فانه يملك بحيث تقضى ديونه منه ويجهز فكذلك ديته لان تنفيذ وصيته من حاجته فأشبهت قضاء دينه .

(فصل) فإن كانت الوصية بمعين فعلى الرواية الأولى يعتبر خروجه من ثلث ماله وديته وعلى الاخرى يعتبر خروجه من أصل ماله دون ديته لانها له ليست من ماله .

(فصل) وإن أوصى ثم استفاد مالا قبل الموت فأكثر أهل العلم يقولون إن الوصية تعتبر من جميع ما يخلفه من التلاد والمستفاد ويعتبر ثلث الجميع . هذا قول النخعي والأوزاعي ومالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وسواء علم أو لم يعلم ، وحكي عن أبان بن عثمان وعمر بن عبد العزيز وربيعة ومالك :

لا يدخل فى وصيته إلا ما علم إلا المدبر فإنه يدخل فى كل شيء .

ولنا أنه من ماله فدخل فى وصيته كالمعلوم .

« مسألة » قال (وإذا وصى إلى رجل ثم أوصى بعده إلى آخر فهما وصيان إلا أن يقول قد أخرجت الأول)

معنى أوصى إلى رجل أى جعل له التصرف بعد موته فيما كان له التصرف فيه من قضاء ديونه واقتضائها ورد الودائع واسترdادها وتفريق وصيته والولاية على أولاده الذين له الولاية عليهم من الصبيان والمجانين ومن لم يؤنس رشده والنظر لهم فى أموالهم بحفظها والتصرف فيها بما لهم الحظ فيه ؛ فأما من لا ولاية له عليهم كالعقلاء الراشدين وغير أولاده من الاخوة والأعمام وسائر من عدا الأولاد فلا تصح الوصية عليهم لأنه لا ولاية للموصى عليهم فى الحياة فلا يكون ذلك لنائبه بعد الممات ، ولا نعلم فى هذا كله خلافا وبه يقول مالك وأبو حنيفة والشافعى إلا أن أبا حنيفة والشافعى قالا للجد ولاية على ابن ابنه وإن سفل لأن له ولادة وتعصيبا فأشبه الأب ولأصحاب الشافعى فى الأم عند عدم الأب والجد وجهان ، أحدهما : أن لها ولاية لأنها أحد الأبوين فاشبهت الأب .

ولنا أن الجد يدلى بواسطة فاشبه الأخ والعم وفارق الأب فإنه يدلى بنفسه ويحجب الجد ويخالفه فى ميراثه وحجبه فلا يصح إلحاقه به ولا قياسه عليه ، وأما المرأة فلا تلى لأنها قاصرة لا تلى النكاح بحال فلا تلى مال غيرها كالعبد ، ولأنها لا تلى بولاية القضاء فكذلك بالنسب .

إذا ثبت هذا فإنه إذا أوصى إلى رجل ثم أوصى إلى آخر فهما وصيان إلا أن يقول قد أخرجت الاول أو قد عزلته لما ذكرنا فيما إذا أوصى بجارية لبشر ثم أوصى بها لبكر ، ولانه قد وجدت الوصية إليهما من غير عزل واحد منهما فكانا وصيين كما لو أوصى إليهما دفعة واحدة ، فأما ان أخرج الاول انعزل وكان الثانى هو الوصى كما لو عزله بعد الوصية الى الثانى .

(فصل) ويجوز أن يوصى الى رجل بشيء دون شيء مثل أن يوصى الى انسان بتفريق وصيته دون غيرها أو بقضاء ديونه أو بالنظر فى أمر أطفاله حسب

فلا يكون له غير ما جعل اليه ، ويجوز أن يوصى الى انسان بتفريق وصيته والى آخر بقضاء ديونه والى آخر بالنظر فى أمر أطفاله فيكون لكل واحد منهم ما جعل اليه دون غيره ، ومتى أوصى اليه بشيء لم يصر وصيا فى غيره وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة يصير وصيا فى كل ما يملكه الوصى لان هذه ولاية تنتقل من الاب بموته فلا تتبعض كولاية الجد :

ولنا أنه استفاد التصرف بالإذن من جهة الآدمى فكان مقصوراً على ما أذن فيه كالوكيل ، وولاية الجد ممنوعة ، ثم تلك ولاية استفادها بقرابته وهى لا تتبعض والإذن يتبعض فافترقا .

فصل

ويجوز أن يوصى الى رجلين معا فى شيء واحد ويجعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً فيقول أوصيت الى كل واحد منكما أن ينفرد بالتصرف لانه جعل كل واحد منهما وصيا منفرداً . وهذا يقتضى تصرفه على الانفراد وله ان يوصى اليهما ليتصرفا مجتمعين ، وليس لواحد منهما الانفراد بالتصرف ، ولانه لم يجعل ذلك اليه ولم يرض بنظره وحده . وهاتان الصورتان لا أعلم فيهما خلافا ، وان أطلق فقال أوصيت اليكما فى كذا فليس لاحدهما الانفراد بالتصرف وبه قال مالك والشافعى ، وقال أبو يوسف له ذلك : لان الوصية والولاية لا تتبعض فلكل واحد منهما الانفراد بها كالأخوين فى تزويج أختهما .

وقال أبو حنيفة ومحمد : يستحسن على خلاف القياس فيبيح ان ينفرد كل واحد منهما بسبعة أشياء : كفن الميت وقضاء دينه وانفاذ وصيته ورد الوديعة بعينها وشراء ما لا بد للصغير منه من الكسوة والطعام وقبول الهبة له والخصومة عن الميت فيما يدعى له أو عليه لان هذه يشق الاجتماع عليها ويضر تأخيرها لجاز الانفراد بها .

ولنا أنه شرك بينهما فى النظر فلم يكن لأحدهما الانفراد كالوكيلين . وما قاله أبو يوسف نقول به فإنه جعل الولاية اليهما باجتماعهما فليست متبعضة كما لو وكل وكيلين أو صرح للوصيين بأن لا يتصرفا الا مجتمعين ثم يبطل ما قاله بهاتين

الصورتين ويبطل ما قاله أبو حنيفة بهما أيضا ؛ واذا تعذر اجتماعهما أقام الحاكم أمينا مقام الغائب .

فصل فيمن تصح الوصية اليه ومن لا تصح

تصح الوصية الى الرجل العاقل المسلم الحر العدل اجماعا ، ولا تصح الى مجنون ولا طفل ولا وصية مسلم الى كافر بغير خلاف نعلمه ، لان المجنون والطفل ليسا من أهل التصرف فى أموالهما فلا يليان على غيرهما ، والكافر ليس من أهل الولاية على مسلم ، وتصح الوصية الى المرأة فى قول أكثر أهل العلم ، وروى ذلك عن شريح وبه قال مالك والثورى والاوزاعى والحسن بن صالح واسحاق والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى ولم يجزه عطاء لانها لا تكون قاضية فلا تكون وصية كالمجنون .

ولنا ما روى أن عمر رضى الله عنه أوصى الى حفصة ، ولانها من أهل الشهادة فأشبهت الرجل وتخالف القضاء ، فإنه يعتبر له الكمال فى الخلقة والاجتهاد بخلاف الوصية ، وتصح الوصية الى الاعمى . وقال أصحاب الشافعى فيه وجه أنه لا تصح الوصيه اليه بناء منهم على أنه لا يصح بيعه ولا شراؤه فلا يوجد فيه معنى الولاية وهذا لا يسلم لهم مع أنه يمكنه التوكيل فى ذلك وهو من أهل الشهادة والولاية فى النكاح والولاية على اولاده الصغار فصحت الوصية اليه كالبصير ، وأما الصبى العاقل فلا أعلم فيه نصا عن أحمد . فيحتمل أنه لا تصح الوصية اليه لانه ليس من أهل الشهادة والاقرار ، ولا يصح تصرفه الا باذن فلم يكن من أهل الولاية بطريق الاولى ؛ ولانه مولى عليه ، فلا يكون واليا كالطفل والمجنون ، وهذا مذهب الشافعى وهو الصحيح ان شاء الله .

وقال القاضى : قياس المذهب صحة الوصية اليه ، لان أحمد قد نص على صحة وكالته ، وعلى هذا يعتبر أن يكون قد جاوز العشر ، وأما الكافر فلا تصح وصية مسلم اليه ، لانه لا يلى على مسلم ، ولانه ليس من أهل الشهادة ولا العدالة فلم تصح الوصية اليه كالمجنون والفاسق ، وأما وصية الكافر اليه ، فإن لم يكن عدلا فى دينه لم تصح الوصية اليه ، لان عدم العدالة فى المسلم يمنع صحة الوصية اليه فمع الكفر أولى ، وان كان عدلا فى دينه ففيه وجهان .

أحدهما تصح الوصية إليه ، وهو قول أصحاب الرأى ، لأنه يلى بالنسب فيلى الوصية كالمسلم .

والثانى لا تصح ، وهو قول أبي ثور لأنه فاسق فلم تصح الوصية اليه كفاسق المسلمين ، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين ، وأما وصية الكافر إلى المسلم فتصح إلا أن تكون تركته خمراً أو خنزيراً ، وأما العبد ، فقال أبو عبد الله بن حامد : تصح الوصية اليه سواء كان عبد نفسه أو عبد غيره : وبه قال مالك ، وقال النخعى والأوزاعى وابن شبرمه : تصح الوصية إلى عبد نفسه ولا تصح إلى عبد غيره : وقال أبو حنيفه : تصح إلى عبد نفسه إذا لم يكن فى ورثته رشيد . وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى : لا تصح الوصية إلى عبد بحال لأنه لا يكون ولياً على ابنه بالنسب . فلا يجوز أن يلى الوصية كالمجنون .

ولنا أنه يصح استنابته فى الحياة فصح أن يوصى اليه كالحر . وقياسهم يبطل بالمرأة، والخلاف فى المكاتب والمدبر والمعتق بعضه كالخلاف فى العبد القن، وقد نص الخرقى على أن الوصية إلى أم ولده جائزة ، وقد نص عليه أحمد أيضا لأنها تكون حرة عند نفوذ الوصية من أصل المال

وأما الفاسق فقد روى عن أحمد ما يدل على أن الوصية اليه لا تصح ، وهو قول مالك والشافعى . وعن احمد ما يدل على صحة الوصية اليه ، فإنه قال فى رواية ابن منصور : اذا كان متهما لم تخرج من يده

وقال الخرقى : اذا كان الوصى خائنا ضم اليه أمين . وهذا يدل على صحة الوصية اليه ويضم الحاكم اليه أمينا . وقال أبو حنيفة : تصح الوصية اليه وينفذ تصرفه ، وعلى الحاكم عزله لأنه بالغ عاقل فصحت الوصية اليه كالعدل ، ووجه الأولى أنه لا يجوز إفراده بالوصية فلم تجز الوصيه اليه كالمجنون ، وعلى أبى حنيفة لا يجوز إقراره على الوصية فأشبه ما ذكرنا

(فصـــل) ويعتبر وجود هذه الشروط فى الوصى حال العقد والموت فى أحد الوجهين . وفى الآخر يعتبر حال الموت حسب كالوصية له ، وهو قول بعض أصحاب الشافعى .

ولنا أنها شروط لعقد فتعتبر حال وجوده كسائر العقود . فأما الوصية له فهي صحيحة وإن كان وارثا : وإنما يعتبر عدم الارث وخروجها من الثلث للنفوذ واللزوم فاعتبرت حالة اللزوم بخلاف مسألتنا ، فإنها شروط لصحة العقد فاعتبرت حالة العقد . ولا ينفع وجودها بعده ، وعلى الوجه الثاني لو كانت الشروط كلها منتفية أو بعضها حال العقد ثم وجدت حالة الموت لصحت الوصية اليه

(فصـــل)

وإذا قال : أوصيت الى زيد فإن مات فقد أوصيت الى عمرو ، صح ذلك رواية واحدة ، ويكون كل واحد منهما وصيا ، الا أن عمرا وصي بعد زيد ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال في جيش مؤتة « أميركم زيد فإن قتل فأميركم جعفر فإن قتل فأميركم عبد الله بن رواحة » والوصية في معنى التأمير . وإن قال أوصيت اليك فإذا كبر ابني كان وصيي صح لذلك . فإذا كبر ابنه صار وصيه . وعلى هذا لو قال : وصيت لك فإن تاب ابني عن فسقه أو قدم من غيبته أو صح من مرضه أو اشتغل بالعلم أو صالح أمه أو رشد فهو وصيي صحت الوصيه اليه ويصير وصيا عند وجود هذه الشروط

« مسألة » قال (واذا كان الوصي خائنا جعل معه أمين)

ظاهر هذا صحة الوصية الى الفاسق ويضم اليه أمين ، وكذلك ان كان عدلا فتغيرت حاله الى الخيانة لم يخرج منها ويضم اليه أمين . ونقل ابن منصور عن أحمد نحو ذلك ، قال اذا كان الوصي متهما لم يخرج من يده . ونقل المروذي عن احمد فيمن أوصى الى رجلين ليس أحـــدهما بموضع للوصية : فقال الآخر اعطني لا يعطيه شيئا ليس هذا بموضع للوصيه ، فقيل له : أليس المريض قد رضي به ؟ فقال وان رضي به ، فظاهر هذا ابطال الوصية اليه وحمل القاضي كلام الخرقي وكلام احمد في ابقائه في الوصيه على أن خيانته طرأت بعد الموت

فأما ان كانت خيانته موجودة حال الوصيه اليه لم تصح ، لأنه لا يجوز تولية الخائن على يتيم في حياته فكذلك بعد موته ، ولأن الوصية ولاية وأمانة والفاسق ليس من أهلهما .

فعلى هذا اذا كان الوصى فاسقا فحكمه حكم من لاوصى له وينظر فى ماله الحاكم وان طرأ فسقه بعد الوصيه زالت ولايته وأقام الحاكم مقامه أمينا . هذا اختيار القاضى ، وهو قول الثورى والشافعى واسحاق ، وعلى قول الخرقى لا تزول ولايته ويضم اليه أمين ينظر معه ، وروى ذلك عن الحسن وابن سيرين لأنه أمكن حفظ المال بالأمين وتحصيل نظر الوصى بإبقائه فى الوصية ، فيكون جمعا بين الحقين وان لم يمكن حفظ المال بالأمين تعين ازالة يد الفاسق الخائن وقطع تصرفه لأن حفظ المال على اليتيم أولى من رعاية قول الموصى الفاسد

وأما التفريق بين الفسق الطارىء وبين المقارن فبعيد ، فإن الشروط تعتبر فى الدوام كاعتبارها فى الابتداء ، سيما اذا كانت لمعنى يحتاج اليه فى الدوام ولو لم يكن بد من التفريق لكان اعتبار العدالة فى الدوام أولى من قبل أن الفسق اذا كان موجوداً حال الوصية فقد رضى به الموصى مع علمه بحاله وأوصى اليه راضيا بتصرفه مع فسقه ، فيشعر ذلك بأنه علم أن عنده من الشفقة على اليتيم ما يمنعه من التفريط فيه وخيانته فى ماله ، بخلاف ما اذا طرأ الفسق فإنه لم يرض به على تلك الحال والاعتبار برضاه ، ألا ترى انه لو أوصى الى واحد جاز له التصرف وحده ولو وصى الى اثنين لم يجز للواحد التصرف

(فصـــل)

وأما العدل الذى يعجز عن النظر لعلة أو ضعف فإن الوصية تصح اليه ويضم اليه الحاكم أمينا ، ولا يزيل يده عن المال ولا نظره ، لأن الضعيف أهل للولاية والأمانة فصحت الوصية اليه ، وهكذا ان كان قويا فحدث فيه ضعف أو علة ضم الحاكم اليه يدا أخرى ويكون الاول هو الوصى دون الثانى ، وهذا معاون لان ولاية الحاكم انما تكون عند عدم الوصى . وهذا قول الشافعى وابى يوسف ، ولا أعلم لهما مخالفا

(فصل) واذا تغيرت حال الوصى بجنون أو كفر او سفه زالت ولايته وصار كأنه لم يوص اليه ويرجع الأمر الى الحاكم فيقيم أمينا ناظرا للميت فى أمره وامر أولاده من بعده كما لو لم يخلف وصيا ؛ وان تغيرت حاله بعد الوصية وقبل الموت ثم عاد فكان عند الموت جامعا لشروط الوصيه صحت الوصيه اليه لأن الشروط

موجودة حال العقد والموت فصحت الوصية كما لو لم تتغير حاله . ويحتمل أن تبطل لأن كل حالة منها حالة للقبول والرد فاعتبرت الشروط فيها ، فأما إن زالت بعد الموت وانعزل ثم عاد فكمل الشروط لم تعد وصيته لأنها زالت فلا تعود إلا بعقد جديد .

(فصل) ويصح قبول الوصية وردها فى حياة الموصى لأنها إذن فى التصرف فصح قبوله بعد العقد كالوكيل ، بخلاف الوصية له فإنها تمليك فى وقت فلم يصح القبول قبل الوقت ، ويجوز تأخير القبول الى مابعد الموت لأنها نوع وصية فصح قبولها بعد الموت كالوصية له ، ومتى قبل صار وصيا وله عزل نفسه متى شاء مع القدرة والعجز فى حياة الموصى وبعد موته بمشهد منه وفى غيبته ، وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة : لايجوز له ذلك بعد الموت بحال ولا يجوز فى حياته إلا بحضرته لأنه غره بالتزام وصيته ومنعه بذلك الإيصاء الى غيره . وذكر ابن أبي موسى فى الإرشاد رواية عن أحمد ليس له عزل نفسه بعد الموت لذلك . ولنا أنه متصرف بالإذن فكان له عزل نفسه كالوكيل

(فصل) ويجوز أن يجعل للوصى جعلا لأنها بمنزلة الوكالة ؛ والوكالة تجوز بجعل فكذلك الوصية ، وقد نقل إسحاق بن ابراهيم فى الرجل يوصى الى الرجل ويجعل له دراهم مسماة فلا بأس . ومقاسمة الموصى الموصى له جائزة على الورثة لانه نائب عنه ، ومقاسمته للورثة على الموصى له لا تجوز لانه ليس بنائب عنه .

فصل

وإذا أوصى الى رجل وأذن له أن يوصى الى من يشاء ، نحو أن يقول أذنت لك أن توصى الى من شئت ؛ أو كل من أوصيت اليه فقد أوصيت اليه ، أو فهو وصى صح ، وله أن يوصى الى من شاء لانه رضى باجتهاده واجتهاد من يراه ، فصح كما لو وصى اليهما معا ، وهـذا قول أكثر أهل العلم ، وحكى عن الشافعى أنه قال فى أحد القولين : ليس له أن يوصى لانه يلى بتوليه ، فلا يصح أن يوصى كالوكيل .

ولنا أنه مأذون له فى الإذن فى التصرف فجاز له أن يأذن لغيره كالوكيل إذا

أمر بالتوكيل، والوكيل حجة عليه من الوجه الذى ذكرناه. فأما إن أوصى اليه وأطلق ولم يأذن له فى الايصاء ولا نهاه عنه ففيه روايتان

إحداهما: له أن يوصى الى غيره. وهو قول مالك وأبى حنيفة والثورى وأبى يوسف، لان الاب أقامه مقام نفسه فكان له الوصية كالاب

والثانية ليس له ذلك، وهو اختيار أبى بكر ومذهب الشافعى وإسحاق، وهو الظاهر من مذهب الخرقى لقوله ذلك فى الوكيل لانه يتصرف بتولية فلم يكن له التفويض كالوكيل، ويخالف الاب لانه يلى بغير تولية

«مسألة» قال (وان كانا وصيين فمات أحدهما أقيم مقام الميت أمين)

وجملة ذلك أنه يجوز للرجل الوصية الى اثنين، فتى أوصى اليهما مطلقا لم يجز لواحد منهما الانفراد بالتصرف. فإن مات أحدهما أو جن أو وجد منه ما يوجب عزله أقام الحاكم مقامه أمينا لان الموصى لم يرض بنظر هذا الباقى منهما وحده، فإن أراد الحاكم رد النظر الى الباقى منهما لم يكن له ذلك. وذكر أصحاب الشافعى وجها فى جوازه، لان النظر لو كان له لموت الموصى عن غير وصية كان له رده الى واحد كذلك ههنا، فيكون ناظراً بالوصية من الموصى والامانة من جهة الحاكم

ولنا أن الموصى لم يرض بتصرف هذا وحده فوجب ضم غيره اليه، لأن الوصية مقدمة على نظر الحاكم واجتهاده. وان تغيرت حالهما جميعا بموت أو غيره فللحاكم ان ينصب مكانهما، وهل له نصب واحد؟ فيه وجهان

أحدهما له ذلك لانه لما عدم الوصيان صار الامر الى الحاكم بمنزلة ما لم يوص ولو لم يوص لاكتفى بواحد، كذا ههنا، ويفارق ما اذا كان أحدهما حيا لأن الموصى بين انه لا يرضى بهذا وحده بخلاف ما اذا ماتا معاً

والثانى لا يجوز ان ينصب الا اثنين لان الموصى لم يرض بواحد فلم يقتنع به كما لو كان أحدهما حيا، فأما إن جعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً فمات أحدهما أو خرج من الوصيه لم يكن للحاكم أن يقيم مقامه أمينا لان الباقى منهما له النظر بالوصية فلا حاجة الى غيره، وان ماتا معاً أو خرجا عن الوصيه فللحاكم

أن يقيم واحداً يتصرف وإن تغيرت حال أحد الوصيين تغيراً لا يزيله عن الوصية كالعجز عنها لضعف أو علة ونحو ذلك وكانا ممن لكل واحد منهما التصرف منفرداً فليس للحاكم أن يضم اليهما أمينا لأن الباقي منهما يكفي إلا أن يكون الباقي منهما يعجز عن التصرف وحده لكثرة العمل ونحوه فله أن يقيم أمينا ، وان كانا ممن ليس لأحدهما التصرف على الانفراد فعلى الحاكم أن يقيم مقام من ضعف عنها أمينا يتصرف معه على كل حال فيصيرون ثلاثة : الوصيان والأمين معهما ولكل واحد منهم (١) التصرف وحده .

(فصـــل)

وإذا اختلف الوصيان عند من يجعل المال منهما لم يجعل عند واحد منهما ولم يقسم بينهما وجعل فى مكان تحت أيديهما جميعاً لأن الموصى لم يأمن أحدهما على حفظه ولا التصرف فيه ، وقال مالك : يجعل عند أعدلهما . وقال أصحاب الرأى : يقسم بينهما وهو المنصوص عن الشافعى إلا أن أصحابه اختلفوا فى مراده بكلامه فقال بعضهم إنما أراد إذا كان كل واحد منهما موصى اليه على الانفراد ، وقال بعضهم بل هو عام فيهما . ولنا أن حفظ المال من جملة الموصى به فلم يجز لأحدهما الانفراد به كالتصرف : ولأنه لو جاز لكل واحد منهما أن ينفرد بحفظ بعضه لجاز له أن ينفرد بالتصرف فى بعضه .

(فصل) لا بأس بالدخول فى الوصية فإن الصحابة رضى الله عنهم كان بعضهم يوصى إلى بعض فيقبلون الوصية ، فروى عن أبى عبيدة أنه لما عبر الفرات أوصى الى عمر ، وأوصى إلى الزبير ستة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عثمان وابن مسعود والمقداد وعبد الرحمن بن عوف ومطيع بن الأسود وآخر .

وروى عن ابن عمر أنه كان وصيا لرجل ، وفى وصية ابن مسعود إن حدث بى حادث الموت من مرضى هذا أن مرجع وصيتى الى الله سبحانه ثم الى الزبير ابن العوام وابنه عبد الله ، ولأنها وكالة وأمانة فأشبهت الوديعة والوكالة فى الحياة وقياس مذهب أحمد أن ترك الدخول فيها أولى لما فيها من الخطر وهو لا يعدل

---

(١) صوابه وليس لكل واحد منهم .

بالسلامة شيئا ، ولذلك كان يرى ترك الالتقاط وترك الاحرام قبل الميقات أفضل تحريا للسلامة واجتناباً للخطر ، وقد روى حديث يدل على ذلك : وهو ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لأبي ذر « إني أراك ضعيفاً واني أحب لك ما أحب لنفسي فلا تأمرن على اثنين ولا تولين مال يتيم » أخرجه مسلم .

(فصـــل)

فإن مات رجل لا وصي له ولا حاكم في بلده فظاهر كلام أحمد رحمه الله أنه يجوز لرجل من المسلمين أن يتولى أمره ويبيع مادعت الحاجة الى بيعه : فإن صالحا نقل عنه في رجل بأرض غربة لا قاضي بها مات وخلف جواري ومالا أترى لرجل من المسلمين بيع ذلك ؟ فقال : أما المنافع والحيوان فإن اضطروا الى بيعه ولم يكن قاض فلا بأس ، وأما الجواري فأحب الى أن يتولى بيعهن حاكم من الحكام ، وإنما توقف عن بيع الاماء على طريق الاختيار احتياطا لأن بيعهن يتضمن إباحة فرج ، وأجاز بيع ذلك لأنه موضع ضرورة .

(فصل) وإذا أوصى اليه بتفريق مال لم يكن له أخذ شيء منه ، نص عليه أحمد فقال : إذا كان في يده مال للمساكين وأبواب البر وهو يحتاج اليه فلا يأكل منه شيئا إنما أمر بتنفيذه ، وبهذا قال مالك والشافعي .

وقال أبو ثور وأصحاب الرأي إذا قال الموصي جعلت لك أن تضع ثلثي حيث شئت أو حيث رأيت فله أخذه لنفسه وولده ، ويحتمل أن يجوز ذلك عندنا لأنه يتناوله لفظ الموصي . ويحتمل أن ينظر الى قرائن الأحوال فإن دلت على أنه أراد أخذه منه مثل أن يكون من جملة المستحقين الذين يصرف اليهم ذلك أو عادته الأخذ من مثله فله الأخذ منه وإلا فلا ، ويحتمل أن له إعطاء ولده وسائر أقاربه إذا كانوا مستحقين دون نفسه ؛ لأنه مأمور بالتفريق ، وقد فرق فيمن يستحق فاشبه ما لو دفع الى أجنبي .

ولنا أنه تمليك ملكه بالاذن فلا يجوز أن يكون قابلا كما لو وكله في بيع سلعة لم يجز له بيعها من نفسه .

(فصل) وإن وصى اليه بتفريق ثلثه فأبى الورثة إخراج ثلث ما في أيديهم ففيه روايتان

إحداهما : يخرج الثلث كله مما فى يده نقلها أبو طالب لأن حق الموصى له متعلق بأجزاء التركة فجاز أن يدفع اليه مما فى يده كما يدفع الى بعض الورثة .

والأخرى : يدفع اليه ثلث مافى يده ولا يعطيهم شيئا مما فى يده حتى يخرجوا ثلث ما فى أيديهم نقلها أبو الحارث لأن صاحب الدين إذا كان للمدين فى يديه مال لم يملك استيفاءه مما فى يديه كذا ههنا ، ويمكن حمل الروايتين على اختلاف حالين فالرواية الأولى محمولة على ما إذا كان المال جنسا واحداً فللموصى أن يخرج الثلث كله مما فى يديه لأنه لافائدة فى انتظار إخراجهم مما فى أيديهم مع اتحاد الجنس والرواية الثانية : محمولة على ما إذا كان المال أجناسا فإن الوصية تتعلق بثلث كل جنس فليس له أن يخرج عوضا عن ثلث مافى أيديهم مما فى يده لأنه معاوضة لا تجوز إلا برضاهم والله أعلم .

فصل

إذا علم الوصى أن على الميت دينا اما بوصية الميت أو غيرها فقال أحمد لا يقضيه إلا ببينة ، قيل له فإن كان ابن الميت يصدقه ؟ قال يكون ذلك فى حصة من أقر بقدر حصته ، وقال فيمن استودع رجلا ألف درهم وقال : إن أنا مت فادفعها الى ابنى الكبير وله ابنان ، او قال ادفعها إلى اجنبى ، فقال إن دفعها إلى احد الابنين ضمن للآخر قدر حصته ، وان دفعها الى الآخر ضمن ، ولعل هذا من احمد فيما إذا لم يصدق الورثة الوصى ولم يقروا فلا يقبل قوله عليهم ، وليس له الدفع بغير إذنهم لأن قوله اقر عندى واذن لى إثبات ولاية فلا يقبل قوله فيه ولا شهادته لانه يشهد لنفسه بالولاية .

وقد نقل ابو داود فى رجل اوصى ان لفلان على كذا ينبغى للوصى ان ينفذه ولا يحل له إن لم ينفذ ، فهذه المسألة محمولة على ان الورثة يصدقون الوصى أو المدعى او له بينة بذلك جمعا بين الروايتين وموافقة للدليل ، قيل لاحمد فان علم الموصى اليه لرجل حقا على الميت فجاء الغريم يطالب الوصى وقدمه الى القاضى ليستحلفه ان مالى فى يديك حق ، فقال لايحلف ويعلم القاضى بالقضية ، فان اعطاه القاضى فهو اعلم فان ادعى رجل دينا على الميت واقام به بينة فهل يجوز للوصى قبولها وقضاء الدين بها من غير حضور حاكم ؟ فكلام احمد يدل على روايتين :

إحداهما : قال لا يجوز الدفع اليه بدعواه إلا أن تقوم البينة فظاهر هذا أنه جوز الدفع بالبينة من غير حكم حاكم لأن البينة له حجة ؛ وقال فى موضع آخر إلا أن يثبت ببينة عند الحاكم بذلك ؛ فأما إن صدقهم الورثة على ذلك قبل لأنه إقرار منهم على أنفسهم .

« مسألة » قال (ومن أعتق فى مرضه أو بعد موته عبدين لا يملك غيرهما وقيمة أحدهما مائتان والآخر ثلاثمائة فلم يجز الورثه أقرع بينهما ، فإن وقعت القرعة على الذى قيمته مائتان عتق منه خمسة أسداسه وهو ثلث الجميع ، وإن وقعت على الآخر عتق منه خمسة أتساعه لأن جميع ملك الميت خمسمائة درهم وهو قيمة العبدين فضرب فى ثلاثة فأخذ ثلثه خمسمائة ، فأما ان وقعت القرعة على الذى قيمته مائتان ضربناه فى ثلاثة فصيرناه ستمائة فصار العتق منه خمسة أسداسه ، وكذلك يفعل فى الآخر اذا وقعت عليه القرعه وكل شىء يأتى من هذا الباب فسبيله أن يضرب فى ثلاثة ليخرج بلا كسر)

هذه المسألة دالة على أحكام أربعة منها : أن حكم العتق فى مرض الموت حكم الوصية لا يجوز منه الا ثلث المال الا أن يجيزه الورثة ، وهذا قول جمهور الفقهاء وحكى عن مسروق فيمن أعتق عبده فى مرض موته ولا مال له غيره أجيزه برمته شىء جعله لله لا اراده ، وهذا قول شاذ يخالف الأثر والنظر فإنه قد صح عن عمران بن حصين « أن رجلا من الانصار أعتق ستة أعبد عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعا بهم النبى صلى الله عليه وسلم فأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولا شديداً » رواه مسلم وأبو داود ، ولأنه تبرع فى مرض موته فأشبه سائر العطايا والصدقات .

الثانى : أن العتق اذا كان فى أكثر من واحد فلم يحملهم الثلث كملنا الثلث فى واحد بالقرعة وان كانوا جماعة كملنا العتق فى بعضهم بالقرعة بدليل حديث عمران بن حصين المذكور .

الثالث : أنه اذا لم يخرج من الثلث الا جزء من عبد عتق ذلك الجزء خاصة ورق باقيه على ما سنذكره فى العتق ان شاء الله تعالى .

الرابع . اثبات القرعة ومشروعيتها بدليل حديث عمران وفعل النبي صلى الله عليه وسلم فى الأعبد الذين أقرع بينهم ، فأما كيفية تكميل العتق فإن العبيد ان تساوت قيمتهم وكان لهم ثلث صحيح كستة أعبد قيمة كل اثنين منهم ثلث المــال جعلنا كل اثنين منهم ثلثا وأقرعنا بينهم بسهم حرية وسهمي رق كما فعل النبي (ص) فاللذان يقع لهما سهم الحريه يعتقان ويرق الاخرون .

وان كان فيهم كسر كمسألة الخرقى أقرعت بين العبدين فأيهما وقعت عليه قرعة الحريه ضربت قيمته فى ثلاثه أسهم فما بلغ نسبت اليه قيمه العبدين جميعا فهما خرج بالنسبه فهو القدر الذى يعتق منه فى هذه المسأله اذا وقعت القرعه على الذى قيمته مائتان ضربتهما فى ثلاثه صارت ستمائه ونسبت منها قيمة العبدين معا وهى خمسمائه تجدها خمسه أسداسها فيعتق منه خمسة أسداسه، وان وقعت على الاخر عتق خمسه أتساعه وتمام شرح ذلك يأتى فى باب العتق ان شاء الله تعالى .

« مسأله » قال (واذا أوصى بعبد من عبيده لرجل ولم يسم العبد كان له أحدهم بالقرعه اذا كان يخرج من الثلث والا ملك منه بقدر الثلث)

وجملة ذلك : أن الوصيه بغير معين كعبد من عبيده وشاة من غنمه تصح . وقد ذكرنا أن الوصيه بالمجهول تصح فيما مضى ، وبه يقول مالك والشافعى وإسحاق ، واختلفت الراويه فيما يستحقه الموصى له فروى أنه يستحق أحدهم بالقرعه ويشبه أن يكون قول اسحاق .

ونقل ابن منصور أنه يعطى أحسنهم يعنى يعطيه الورثه ما أحبوا من العبيد وهو قول الشافعى ، وقال مالك قولا يقتضى أنه اذا أوصى بعبد وله ثلاثه أعبد فله ثلثهم ، وان كانوا أربعه فله ربعهم فإنه قال إذا أوصى بعشر من ابله وهى مائه يعطى عشرها والنخل والرقيق والدواب على ذلك ، والصحيح أنه يعطى عشرة بالعدد لأنه الذى تناوله لفظه ، ولفظه هو المقتضى فلا يعدل عنه ولكن يعطى واحداً بالقرعه لانه يستحق واحداً غير معين فليس واحد بأولى من واحد فوجب المصير الى القرعه كما لو اعتق واحداً منهم .

وعلى ما نقل ابن منصور يعطيه الورثة من عبيده ماشاءوا من صحيح أو معيب

جيد أو ردىء لانه يتناوله اسم العبد فأجزأ كما لو وصى له بعبد ولم يضفه الى عبيده ، وان لم يكن له الا عبد واحد تعينت الوصية فيه وكذلك ان كان له عبيد فاتوا كلهم الا واحداً تعينت الوصية فيه لتعذر تسليم الباقى ، وان تلف رقيقه جيعهم قبل موت الموصى أو قتلوا بطلت الوصية ، لانها انما تلزم بالموت ولا رقيق له حينئذ ، وان تلفوا بعد موته بغير تفريط من الورثة بطلت الوصية لان التركة عند الورثة غير مضمونة لانها حصلت فى أيديهم بغير فعلهم وان قتلهم قاتل فللموصى له قيمة أحدهم مبنيا على الروايتين فيمن يستحقه منهم فى الحياة ، ولو قال أوصيت لك بعبد من عبيدى ولا عبيد له لم تصح الوصية لانه أوصى له بلا شىء فهو كما لو قال أوصيت لك بما فى كيسى ولا شىء فيه أو بداوى ولا دار له ، فإن اشترى قبل موته عبيداً احتمل أن لا تصح الوصية لانها وقعت باطلة فلم تصح ، كما لو قال أوصيت لك بما فى كيسى ولا شىء فيه ثم جعل فى كيسه شيئا ، ولان الوصية تقتضى عبداً من الموجودين له حال الوصية ، ويحتمل أن تصح كما لو وصى له بألف لا يملكه ثم ملكه أو وصى له بثلث عبيده ثم ملك عبيداً آخرين .

وقد روى ابن منصور عن أحمد فى رجل قال فى مرضه اعطوا فلانا من كيسى مائة درهم فلم يوجد فى كيسه شىء يعطى مائة درهم فلم تبطل الوصية لانه قصد اعطاءه مائة درهم وظنها فى الكيس فإذا لم تكن فى الكيس أعطى من غيره فكذلك يخرج فى الوصيه بعبد من عبيده اذا لم يكن له عبيد أن يشترى له من تركته عبد ويعطى اياه ،

(فصل) وان أوصى لرجل بعبد صحت الوصية ويشترى له عبد أى عبد كان ، وان كان له عبيد أعطاه الورثة ما شاؤا ولا قرعة ههنا لانه لم يضف الرقيق الى نفسه ولا جعله واحداً من عدد محصور فلم يستحق الموصى له أكثر من أقل من يسمى عبداً كما لو أقر له بعبد ، قال القاضى : ولهم أن يعطوه ما شاؤا من ذكر أو أنثى : والصحيح عندى انه لا يستحق الا ذكراً فان الله تعالى فرق بين العبيد والاماء بقوله تعالى (وأنكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم) والمعطوف

يغاير المعطوف عليه ظاهراً ؛ ولأنه فى العرف كذلك فإنه لا يفهم من إطلاق اسم العبد إلا الذكر . ولو وكله فى شراء عبد لم يكن له شراء أمة فلا تنصرف وصيته إلا إلى الذكر . وإن وصى له بأمة أو جارية لم يكن له إلا الأنثى وليس له أن يعطيه خنثى مشكلا لأنه لا يعلم كونه ذكراً أو أنثى ، وإن وصى له بواحد من رقيقه أو برأس مما ملكت يمينه دخل فى وصيته الذكر والأنثى والخنثى .

(فصل) وإن وصى له بشاة من غنمه فالحكم فيها كالحكم فى الوصية بعبد من عبيده ويقع هذا الاسم على الضأن والمعز ، قال أصحابنا ويتناول الصغيرة والكبيرة والذكر والأنثى لأن الشاة اسم يتناول جميع ذلك بدليل قول النبى صلى الله عليه وسلم « فى أربعين شاة شاة » يريد الذكور والاناث والصغار والكبار . وعندى أنه لا يتناول إلا أنثى كبيرة إلا أن يكون فى بلد عرفهم يتناول ذلك . فأما من لا يتناول عرفهم إلا الاناث فإن وصيته لا تتناول إلا ما يسمى فى عرفهم لأن ظاهر حاله ارادة ما يتعارفونه . وان وصى بكبش لم يتناول الا الذكر الكبير من الضأن ، والتيس لا يقع الا على الذكر الكبير من المعز ، وان وصى بعشرة من الغنم يتناول عشرة من الذكور والاناث والصغار والكبار .

(فصل) وان وصى بجمل لم يكن الا ذكراً . وان وصى بناقة لم تكن الا أنثى ، وان قال عشرة من إبلى وقع على الذكر والانثى جميعاً . ويحتمل أنه ان قال عشرة بالهاء فهو للذكور ، وان قال عشر فهو للاناث ، وكذلك فى الغنم لان العدد فى العشرة الى الثلاثة للمذكر بالهاء وللمؤنث بغيرها قال الله تعالى (فسخرها عليهم سبع ليال وثمانية أيام) وان قال اعطوه بعيراً ففيه وجهان .

أحدهما : هو للذكر وحده لانه فى العرف اسم له وحده .

والثانى : هو للذكر والانثى لانه فى لسان العرب يتناولهما جميعاً . تقول العرب حلبت البعير تريد الناقة فالجمل فى لسانهم كالرجل من بنى آدم والناقة كالمرأة والبكرة كالفتاة وكذلك القلوص والبعير كالانسان .

(فصل) وان وصى له بثور فهو ذكر . وان وصى ببقرة فهى أنثى ، وان وصى بدابة فهى واحدة من الخيل والبغال والحمير يتناول الذكر والانثى لان الاسم فى العرف يقع على جميع ذلك ، وان قرن به ما يصرفه الى أحدهما مثل ان

قال دابة يقاتل عليها أو يسهم لها انصرف الى الخيل ، وان قال دابة ينتفع بظهرها ونسلها خرج منه البغال لانه لا نسل لها وخرج منه الذكور كذلك ، وان وصى له بحمار فهو ذكر ، وان وصى بأتان فهي أنثى فإن وصى بحصان فهو ذكر ، وان وصى بفرس تناول الذكر والانثى وفى جميع ذلك اذا كان له أعداد من جنس ما وصى له به ، فعلى قول الخرقى يكون له ذلك بالقرعة وعلى رواية ابن منصور يعطيه الورثة ما شاؤا ولا يستحق للدابة سرجا ولا للبعير رحلا الا أن يذكره فى الوصية .

(فصل) وان أوصى بكلب يباح اقتناؤه صحت الوصية . لان فيه نفعا مباحا وتقر اليد عليه : والوصية تبرع فتصح فى المال وفى غير المال من الحقوق ، ولانه تصح هبته فتصح الوصية به كالمال . وان كان مما لا يباح اقتناؤه لم تصح الوصية به سواء قال كلبا من كلابى أو قال من مالى لانه لا يصح ابتياع الكلب لانه لا قيمة له بخلاف الشاة ، فإن كان له كلب ولا مال له سواه فله ثلثه . وان كان له مال سواه فقد قيل للموصى له جميع الكلب . وان قل المال لان قليل المال خير من الكلب لكونه لا قيمة له : وقيل للموصى له به ثلثه وان كثر المال لان موضوع الوصية على أن يسلم ثلثا التركة للورثة وليس فى التركة شيء من جنس الموصى به . وان وصى لرجل بكلابه ولآخر بثلث ماله فللموصى له بالثلث الثلث وللموصى له بالكلاب ثلثها وجها واحدا ، لان ما حصل للورثة من ثلثى المال قد جازت الوصية فيما يقابله من حق الموصى له وهو الثلث فلا يحسب عليهم فى حق الكلاب ولو وصى بثلث ماله ولم يوص بالكلاب دفع اليه ثلث المال ولم يحتسب بالكلاب على الورثة لانها ليست بمال .

واذا قسمت الكلاب بين الوارث والموصى له أو بين اثنين موصى لهما بها قسمت على عددها لانها لا قيمة لها فإن تشاحوا فى بعضها فينبغى أن يقرع بينهم فيه ، وان وصى له بكلب وللموصى كلاب يباح اتخاذها ككلاب الصيد والماشية والحرث فله واحد منها بالقرعة أو ما أحب الورثة على الرواية الاخرى ، وان كان له كلب يباح وكلب للهراش فله الكلب المباح . ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كله كنحو مما ذكرنا الا أنه يجعل للموصى له بكلب ما أحب الورثة دفعه

إليه ولا تصح الوصية بكلب الهراش ولا كلب غير الكلاب الثلاثة ، وفى الوصية بالجرو الصغير وجهان بناء على جواز تربيته للصيد أو للماشية وقد سبق ذكر ذلك ، ولا تصح الوصية بخنزير ولا بشيء من السباع التى لا تصلح للاصطياد كالأسد والنمر والذئب لأنها لا منفعة فيها ولا تصح الوصية بشيء لا منفعة فيه من غيرها .

(فصــل)

وإن وصى له بطبل حرب صحت الوصيه به لأن فيه منفعة مباحه ، وان كان بطبل لهو لم تصح لعدم المنفعه المباحه به ، وإن كان مع ذلك اذا فصل صلح للحرب لم تصح الوصيه به لأن منفعته فى الحال معدومة فإن كان يصلح لهما جميعاً صحت الوصية به لأن المنفعه قائمة به ، وان وصى له بطبل وأطلق وله طبلان تصح الوصيه بأحدهما دون الاخر انصرفت الوصيه الى ما تصح الوصية به ، وان كان له طبول تصح الوصــــية بجميعها فله أخذها بالقرعه أو ما شاء الورثة على اختلاف الروايتين ، وان وصى بدف صحت الوصيه به لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف » ولا تصح الوصيه بمزمار ولا طنبور ولا عود من عيدان اللهو لانها محرمة وسواء كانت فيه الاوتار أو لم تكن لانه مهيأ لفعل المعصيه دون غيرها فأشبه ما لو كانت فيه الاوتار .

(فصل) ولو أوصى له بقوس صحت الوصيه فإن فيه منفعة مباحة سواء كان قوس نشاب وهو الفارسى أو نبل وهو العربى أو قوس بمجرى أو قوس زنبور أو جوخ أو ندف أو بندق فإن لم يكن له الا قوس واحد من هذه القسى تعينت الوصيه فيه ، وان كانت له هذه جميعها وكان فى لفظه أو حاله قرينة تصرف الى أحدها انصرف اليه مثل أن يقول قوساً يندف به أو يتعيش به أو ما أشبه ذلك فهذا يصرفه الى قوس الندف ، وان قال يغزو به خرج منه قوس الندف والبندق ، وان كان الموصى له ندافا لا عادة له بالرمى أو بندقانيا لا عادة له بالرمى بشيء سواه أو يرمى بقوس غيره لا يرمى بسواها انصرفت الوصيه الى القوس الذى يستعمله عادة لان ظاهر حال الموصى أنه قصد نفعه بما جرت عادته بالانتفاع به ، وان انتفت القرائن فاختار أبو الخطاب أن له واحدا من جميعها بالقرعة أو ما يختاره الورثه لان اللفظ يتناول جميعها والصحيح أن وصيته لا تتناول قوس الندف ولا البندق ولا العربية

فى بلد لا عادة لهم بالرمى بها وهذا مذهب الشافعى الا أنه لا يذكر العربيه ويكون له واحد مما عدا هذه لان هذه لا يطلق عليها اسم القوس فى العادة بين غير أهلها حتى يصفها فيقول قوس القطن أو الندف أو قوس البندق ، وأما العربيه فلا يتعارفها غير طائفة من العرب فلا يخطر ببال الموصى غالبا ويعطى القوس معمولة بها لانها لا تسمى قوسا الا كذلك ولا يستحق وترها لان الاسم يقع عليها دونه. وفيه وجه آخر أنه يعطاها بوترها لانها لا ينتفع بها الا به فكان كجزء من أجزائها .

(فصـــل)

وان وصى له بعود وله عود لهو وغيره لم تصح الوصية لان اطلاقها ينصرف الى عود اللهو ولا تصلح الوصيه به لعدم النفع المباح فيه وان لم يكن له الا عيدان قسى أو عود يتبخر به أو غيره من العيدان المباحه صحت الوصيه وانصرفت اليها لعدم غيرها وتعينها مع اباحتها . وان وصى له بجرة فيها خمر صحت الوصية بالجرة وبطلت فى الخمر لان فى الجرة نفعا مباحا والخمر لا نفع فيه مباح فصحت الوصيه بما فيه المنفعه المباحه كما لو وصى له بخمر وخل وان وصى له بخمر فى جرة لم تصح لان الذى أضاف الوصيه اليه الخمر ولا تصح الوصيه به .

« مسألة » قال (واذا أوصى له بشيء بعينه فتلف بعد موت الموصى لم يكن للموصى له شيء وان تلف المال كله الا الموصى به فهو للموصى له)

أجمع أهل العلم ممن علمنا قوله على أن الموصى به اذا تلف قبل موت الموصى أو بعده فلا شيء للموصى له : كذلك حكاه ابن المنذر فقال أجمع من أحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل اذا أوصى له بشيء فهلك ذلك الشيء أن لا شيء له فى سائر مال الميت وذلك لان الموصى له انما يستحق بالوصية لا غير وقد تعلقت بمعين وقد ذهب فذهب حقه كما لو تلف فى يده، والتركة فى يد الورثة غير مضمونة عليهم لانها حصلت فى أيديهم بغير فعلهم ولا تفريطهم فلم يضمنوا شيئا ، وان تلف المال كله سواه فهو للموصى له لان حق الورثه لم يتعلق به لتعيينه للموصى له وذلك يملك أخذه بغير رضاهم واذنهم فكان حقه فيه دون سائر المال وحقوقهم فى سائر المـال دونه فأيهما تلف حقه لم يشارك الاخر فى حقه كما لو كان التلف

بعد أن أخذه الموصى له وقبضه ، وكالورثة اذا اقتسموا ثم تلف نصيب أحدهم قال أحمد فيمن خلف مائتي دينار وعبدا قيمته مائة ووصى لرجل بالعبد فسرقت الدنانير بعد الموت فالعبد للموصى له به .

(فصل) وان وصى له بمعين فاستحق بعضه أو هلك فله ما بقي منه ان حمله الثلث وان وصى له بثلث عبد أو ثلث دار فاستحق الثلثان منه فالثلث الباقي للموصى له وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي ، لان الباقي كله موصى به وقد خرج من الثلث فاستحقه الموصى له كما لو كان شيئا معينا ، وان وصى له ثلاثة أعبد فهلك عبدان أو استحقا فليس له الا ثلث الباقي وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي لانه لم يوص له من الباقي بأكثر من ثلاثة وقد شرك بينه وبين ورثته في استحقاقه .

« مسألة » قال (ومن أوصى له بشيء فلم يأخذه زمانا قوّم وقت الموت لا وقت الاخذ)

وجملته أن الاعتبار في قيمة الموصى به وخروجها من الثلث أو عدم خروجها بحالة الموت لانها حال لزوم الوصية فتعتبر قيمة المال فيها وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي ولا أعلم فيه خلافا فينظر فان كان الموصى به وقت الموت ثلث التركة أو دونه نفذت الوصية واستحقه الموصى له كله فان زادت قيمته حتى صار معادلا لسائر المال أو أكثر منه أو هلك المال كله سواه فهو للموصى له لا شيء للورثة فيه فان كان حين الموت زائدا عن الثلث فللموصى له منه قدر ثلث المال فان كان نصف المال فللموصى له ثلثاه ، وان كان ثلثيه فللموصى له نصفه ، وان كان نصف المال وثلثه فللموصى له خمساه فان نقص بعد ذلك أو زاد أو نقص سائر المال أو زاد فليس للموصى له سوى ما كان له حين الموت فلو وصى بعبد قيمته مائة وله مائتان فزادت قيمته بعد الموت حتى صار يساوي مائتين فهو للموصى له كله ، وان كانت قيمته حين الموت مائتين فللموصى له ثلثاه لانهما ثلث المال فان نقصت قيمته بعد الموت حتى صار يساوي مائة لم يزد حق الموصى له عن ثلثه شيئا الا أن يجيز الورثة ؛ وان كانت قيمته أربعمائة فللموصى له نصفه لا يزاد حقه عن ذلك سواء نقص العبد أو زاد أو نقص المال أو زاد .

(فصـــل)

والعطايا فى مرضه يعتبر خروجها من الثلث حين الموت ، نقل صالح بن أحمد عن أبيه فيمن له ألف درهم وعبد قيمته ألف . فأعتق العبد فى مرض موته وأنفق الدراهم ، عتق من العبد ثلثه فاعتبر ماله حين الموت من العبد لا فيما قبله . فاذا لم يكن له حين الموت إلا العبد لم يعتق منه إلا ثلثه . ولو لم يتلف الألف لعتق منه ثلثاه ، ولو زاد ماله قبل موته حتى بلغ ألفين لعتق العبد كله لخروجه من الثلث ، وإن كسب العبد شيئا كان كسبه بينه وبين الورثة على قدر مافيه من الحرية والرق ويدخله الدور . وقد ذكرناذلك فيما مضى . وإن تلف من التركة شيء بفعل مضمون على الورثة حسب عليهم من التركة

(فصل) وإن وصى بمعين حاضر وسائر ماله دين أو غائب فليس للوصى أخذ المعين قبل قدوم الغائب أو استيفاء الدين . لأنه ربما تلف فلا تنفذ الوصية فى المعين كله ، وظاهر كلام الخرقى أن للوصى ثلث المعين ذكره فى المدبر ، وقيل لايدفع اليه شيء لأن الورثة شركاؤه فى التركة فلا يحصل له شيء ما لم يحصل للورثة مثله ولم يحصل لهم شيء . وهذا وجه لأصحاب الشافعى . والصحيح أن له الثلث ، لأن حقه فيه مستقر فوجب تسليمه اليه لعدم الفائدة فى وقفه كما لو لم يخلف غير المعين ، ولأنه لو تلف سائر المال لوجب تسليم ثلث المعين الى الوصى ، وليس تلف المال سببا لاستحقاق الوصية وتسليمها ، ولا يمنع نفوذ الوصية فى الثلث المستقر وإن لم ينتفع الورثة بشيء ؛ كما لو أبرأ معسرا من دين عليه

وقال مالك : يخير الورثة بين دفع المعين الموصى بها وبين جعل وصيته بثلث المال ، لأن الموصى كان له أن يوصى بثلث ماله فعدل الى المعين وليس له ذلك لأنه يؤدى إلى أن يأخذ الموصى له المعين فينفرد بالتركة على تقدير تلف الباقى قبل وصوله الى الورثة ، فيقال للورثة : ان رضيتم بذلك والا فعودوا الى ما كان له أن يوصى به وهو الثلث

ولنا أنه أوصى بمالا يزيد على الثلث لأجنبى فوقع لازماً كما لو وصى له بمشاع وما قاله لا يصح ، لان جعل حقه فى قدر الثلث اشاعة وابطال لما عينه ، فلا يجوز

إسقاط ما عينه الموصى للموصى له ونقل حقه الى ما لم يوص به ، كما لو وصى له بشاع لم يجز نقله الى معين ، وكما لو كان المال كله حاضراً أو غائباً

اذا ثبت هذا فإن للموصى له ثلث المعين الحاضر ، وكلما اقتضى من دينه شيء أو حضر من الغائب شيء فللموصى له بقدر ثلثه من الموصى به كذلك حتى يكمل للموصى له الثلث أو يأخذ المعين كله ، فلو خلف تسعة عينا وعشرين دينا وابنا ووصى بالتسعة لرجل فللوصى ثلثها ثلاثة وكلما اقتضى من الدين شيء فللوصى ثلثه فإذا اقتضى ثلثه فله من التسعة واحد حتى يقتضى ثمانية عشر فيكمل له التسعة ، وإن جحد الغريم أو مات أو يئس من استيفاء الدين أخذ الورثة الستة الباقية من العين ، ولو كان الدين تسعة فإن الابن يأخذ ثلث العين ويأخذ الوصى ثلثها ويبقى ثلثها موقوفا كلما استوفى من الدين شيء فللوصى من العين قدر ثلثه ، فإذا استوفى الدين كله كمل للوصى له ستة وهى ثلث الجميع ، وان كانت الوصية بنصف العين أخذ الوصى ثلثها وأخذ الابن نصفها وبقى سدسها موقوفاً ، فتى اقتضى من الدين مثليه كملت الوصية .

(فصل) فإن كان الدين مثل العين فوصى لرجل بثلثه فلا شيء له قبل استيفاء الوصيه ، فكلما اقتضى منه شيء فله ثلثه وللابن ثلثاه . وهذا أحد قولى الشافعى ، وقال فى الآخر هو أحق بما يخرج من الدين حتى يستوفى وصيته ، وهذا قول أهل العراق ، لأن ذلك يخرج من ثلث المال الحاضر

ولنا أن الورثة شركاؤه فى الدين وليس معهم شركة فى العين ، فلا يختص بما خرج منه دونهم ، كما لو كان شريكه فى الدين وصيا آخر ، أو كما لو وصى لرجل بالعين وله ولآخر بالدين ، فإن المنفرد بوصية الدين لا يختص بما خرج منه له دون صاحبه ، كذا ههنا

(فصل) ولو وصى لرجل بثلث ماله وله مائتان دينا وعبد يساوى مائة ووصى لآخر بثلث العبد اقتسما ثلث العبد نصفين ، وكلما اقتضى من الدين شيء فللموصى له بثلث المال ربعه وله وللآخر من العبد بقدر ربع ما استوفى بينهما نصفين ، فإذا استوفى الدين كله كمل للوصى نصف العبد ولصاحب الثلث ربع

المائتين وذلك هو ثلث المال ، وان استوفى الدين قبل القسمة قسمنا بينهما كذلك للموصى له بالثلث ربع المائتين وربع العبد وللموصى له بثلث العبـــد ربعه ، لأن الوصيتين أربعة أتساع المال والجائز منهما ثلث المال وهو ثلاثة أتساع وذلك ثلاثة أرباع وصيتهما ، فرددنا كل واحد منهما الى ثلاثة أرباع وصيته وهى ربع المال كله لصاحب ثلثه وربع العبد لصاحب ثلثه ، وفى المسألة أقوال سوى ما قلناه تركناها لطولها . وهذا أسدها ان شاء الله ، الا أننا أدخلنا النقص على كل واحد منهما بقدر ماله فى الوصية وكلنا لهما الثلث ، وان أجيز لهما أخذ كل واحد منهما ما بقى من وصيته وهو ربعها فيكمل ثلث المال لصاحبه وثلث العبد للآخر

(فصل) وان خلف ابنين وترك عشرة عينا وعشرة دينا على أحد إبنيه وهو معسر ووصى لأجنبي بثلث ماله ، فإن الوصى والابن الذى لا دين عليه يقتسمان العشرة العين نصفين ويسقط عن المدين ثلثا دينه ويبقى لهما عليه ثلثه ، فإن كانت الوصية بالربع قسمت العشرة العين بينهما أخماسا ، للوصى خمساها أربعة وللابن ستة وسقط عن المدين ثلاثة أرباع دينه وبقى عليه ربعه : فإذا استوفى قسم بينهما أخماسا كما قسم العين ، لأن الوصية بالربع وهو ثمنان ويبقى ستة أثمان لكل ابن ثلاثة أثمان ، فصار نصيب الوصى والابن الذى لا دين عليه خمسة أثمان ، للابن ثلاثة وللوصى سهمان ، فلذلك قسمنا العين وما حصل لهما من الدين بينهما أخماسا وسقط عن المدين ثلاثة أرباع ما عليه لأنه له ثلاثة أثمان ، وهى ثلاثة أرباع النصف الذى عليه .

(فصل) ونماء العين الموصى بها ان كان متصلا كالسمن وتعليم صنعة فهو تابع للعين ويكون للموصى له اذا احتمله الثلث ، وان كان منفصلا كالولد والثمرة فى حياة الموصى فهو له يصير الى ورثته لانه ملكه وما حدث بعد الموت وقبل القبول فينبنى على الملك فى الموصى له والصحيح أنه للورثه والآخر هو للموصى له فيكون النماء لمن الملك له ، والله أعلم بالصواب

« مسألة » قال (واذا أوصى بوصايا فيها عتاقة فلم يف الثلث بالكل تحاصوا فى الثلث وأدخل النقص على كل واحد منهم بقدر ماله فى الوصية)

أما إذا خلت الوصايا من العتق وتجاوزت الثلث ورد الورثة الزيادة فإن الثلث يقسم بين الموصى لهم على قدر وصاياهم ويدخل النقص على كل واحد بقدر ماله من الوصية على مثال مسائل العول إذا زادت الفروض عن المال ، فلو وصى لرجل بثلث ماله ولآخر بمائة ولآخر بمعين قيمته خمسون ، ووصى بفداء أسير بثلاثين ولعمارة مسجد بعشرين ، وثلث ماله مائة ، جمعت الوصايا كلها فوجدتها ثلاثمائة ونسبت منها الثلث فتجده ثلثها ، فتعطى كل واحد منهم ثلث وصيته ، فلصاحب الثلث ثلث المائة . وكذلك لصاحب المائة ، ويرجع صاحب الخمسين إلى ثلثها ، ولفداء الأسير عشرة ولعمارة المسجد ستة وثلثان، فأما إن كان فيها عتق فعن أحمد فيها روايتان .

إحداهما: أن يقسم الثلث بين جميع الوصايا بالعتق وغيره سواء ، ويقسم بينهم على ماذكرنا ، وهذا قول ابن سيرين والشعبي وأبي ثور ، لأنهم تساووا في سبب الإستحقاق ، فتساووا فيه كسائر الوصايا .

والرواية الثانيه : يقدم العتق ويبدأ به فإن فضل منه شيء قسم بين سائر أهل الوصايا على قدر وصاياهم ، وروى هذا عن عمر وبه يقول شريح ومسروق وعطاء والخراسانى وقتادة والزهرى ومالك والثورى وإسحاق لأن فيه حقا لله تعالى وحقا لآدمى فكان آكد ، ولأنه لا يلحقه فسخ ويلحق غيره ذلك ، ولأنه أقوى بدليل سرايته ونفوذه من الراهن والمفلس ، وروى عن الحسن والشافعى كالروايتين

(فصــــل)

والعطايا المعلقة بالموت كقوله : اذا مت فاعطوا فلانا كذا أو اعتقوا فلانا ونحوه وصايا حكمها حكم غيرها من الوصايا فى التسوية بين مقدمها ومؤخرها ؛ والخلاف فى تقديم العتق منها بخلاف العطايا المنجزة ، فإنه يقدم الاول منها فالاول لانها تلزم بالفعل والمؤخرة تلزم بالموت فتساوى كلها .

(فصــل) وإذا وصى بعتق عبده لزم الوارث اعتاقه ، فإن أبى أجبره الحاكم عليه لانه حق وجب عليه فأجبر عليه كتنفيذ الوصيه بالعطيه ، فإن أعتقه الوارث أو الحاكم فهو حر من حين أعتقه لانه حينئذ عتق وولاؤه للموصى لانه السبب وهؤلاء نواب عنه ، ولهذا لزمهم اعتاقه كرها ، وان كانت الوصيه بعتقه الى غير

الوارث كان الاعتاق اليه لانه نائب الموصى فى اعتاقه فلم يملك ذلك غيره إذا لم يمتنع منه كالوكيل فى الحياة ·

« مسألة » قال (ومن أوصى بفرس فى سبيل الله وألف درهم تنفق عليه فمات الفرس كانت الالف للورثه وان أنفق بعضها رد الباقى الى الورثة)

انما كان كذلك لانه عين للوصيه جهه فإذا فاتت عاد الموصى به الى الورثه كما لو أوصى بشراء عبد زيد يعتق فمات العبد أو لم يبعه سيده ، وان أنفق بعض الدراهم ثم مات الفرس بطلت الوصيه فى الباقى ، كما لو وصى بشراء عبدين فمات أحدهما قبل شرائه . قال الاثرم : سمعت أبا عبدالله يسأل عن رجل أوصى بألف درهم فى السبيل أيجعل فى الحج منها شىء؟ فقال لا . انما يعرف الناس السبيل الغزو

(فصــــل)

واذا قال يخدم عبدى فلانا سنه ثم هو حر صحت الوصيه ، فإن قال الموصى له بالخدمه لا أقبل الوصيه أو قال قد وهبت الخدمة له لم يعتق فى الحال ، وبهذا قال الشافعى . وقال مالك : ان وهب الخدمه للعبد عتق فى الحال

ولنا أنه أوقع العتق بعد مضى السنه فلم يقع قبله كما لو رد الوصيه

(فصــل) واذا أوصى لعمه بثلث ماله ولخاله بعشره فردت وصيتها فتحاصا فى الثلث فأصاب الخال سته فاضرب الذى أصابه فى وصيته وذلك سته فى عشرة تكن ستين ، واقسمه على الفاضل بينهما يخرج بالقسم خمسه عشر فهى الثلث . وان شئت قلت قد أصاب الخال ثلاثه أخماس وصيته يبقى من الثلث خمساه وهى تعدل ما أصاب الخال فزد على ما أصاب الخال مثل نصفه وهو ثلثه يصير تسعه فهى للذى أصاب العم . وان قال أصاب العم الربع فقد أصابه ثلاثة أرباع وصيته وبقى من الثلث نصف سدس يعدل ثلاثه أرباع وصيه الخال ، وذلك سبعه ونصف وللعم ثلاثه أمثالها اثنان وعشرون ونصف والمال كله تسعون . وان قال أصاب الخال خمس المال فقد بقى من الثلث خمساه للعم فيكون الحاصل للخال خمسا وصيته أيضا ، وذلك أربعة دنانير ووصية العم مثل ثلثيها ديناران وثلثان

والثلث كله ستة وثلثان والمال كله عشرون فإن كان معهما وصية بسدس المال وأصاب الخال ستة فهي ثلاثة أخماس وصيته فلكل واحد من الآخرين ثلاثة أخماس وصيته وذلك تسعة أعشار الثلث يبقى منه عشرة تعدل ما حصل للعم وهو ستة فالثلث ستون ؛ وان أصاب صاحب السدس عشر المال فقد أصاب صاحب الثلث خمسه يبقى من الثلث أيضاً عشره فهو وصية الخال وذلك ثلاثة أخماس وصيته ستة فيكون الثلث ستين كما ذكرنا .

نوع آخر : خلف ثلاثة بنين ووصى لعمه بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث وصية خاله ولخاله بمثل نصيب أحدهم إلا ربع وصية عمه فاضرب مخرج الثلث فى مخرج الربع يكون اثنى عشر انقصها سهما يبقى أحد عشر فهى نصيب ابن أنقصها سهمين يبقى تسعة فهى وصية الخال وان نقصتها ثلاثة بقى ثمانية فهى وصية العم وبالجبر تجعل مع العم أربعة دراهم ومع الخال ثلاثة دنانير ثم تزيد على الدراهم ديناراً وعلى الدنانير درهما يبلغ كل واحد منهما نصيبا اجبر وقابل واسقط المشترك يبقى معك ديناران تعدل ثلاثة دراهم فاقلب وحول تصر الدراهم ثمانية والدنانير تسعة كما قلنا .

وان أوصى لعمه بعشرة إلا ربع وصية خاله ولخاله بعشرة الا خمس وصية عمه فاضرب مخرج الربع فى مخرج الخمس يكن عشرين انقصها سهما تكن تسعة عشر فهى المقسوم عليه ثم اجعل مع الخال أربعة وانقصها سهما يبقى ثلاثة اضربها فى العشرة ثم فيما مع العم وهو خمسة يكن مائة وخمسين اقسمها على تسعة عشر يخرج سبعة وسبعة عشر جزءاً من تسعة عشر فهى وصية عمه واجعل مع العم خمسة وانقصها سهما واضربها فى عشرة ثم فى أربعة تكن مائة وستين واقسمها تكن ثمانية وثمانية أجزاء فهى وصية خاله .

طريق آخر : تنقص من العشرة ربعها وتضرب الباقى فى العشرين ثم تقسمها على تسعة عشر وتنقص منها خمسها وتضرب الباقى فى عشرين وتقسمها وبالجبر تجعل وصية الخال ستا ووصية العم عشرة الا ربع شىء فخذ خمسها فزده على الشىء وهو سهمان الا نصف عشر شىء يعدل عشرة فاسقط المشترك من الجانبين تصر

ثمانية وثمانية أجزاء من تسعة عشر إذا أسقطت ربعها من العشرة بقيت سبعة وسبعة عشر جزءاً .

وان وصى لعمه بعشرة إلا نصف وصية خاله ولخاله بعشرة إلا ثلث وصية جده ولجده بعشرة إلا ربع وصية عمه فوصية عمه ستة وخمسان ووصية خاله سبعة وخمس ووصية جده ثمانية وخمسان وبابها أن تضرب المخارج بعضها فى بعض فتضرب اثنين فى ثلاثة فى أربعة تكن أربعة وعشرين تزيدها واحداً تكن خمسة وعشرين فهذا هو المقسوم عليه ثم تنقص من الاثنين واحداً وتضرب واحداً فى ثلاثة ثم تزيدها واحداً وتضربها فى أربعة تكن ستة عشر ثم اضربها فى عشرة تكن مائة وستين واقسمها على خمسة وعشرين يخرج بالقسم ستة وخمسان فهى وصية العم وانقص الثلاثة واحد يبقى اثنان واضربها فى الأربعة تكن ثمانية زدها واحداً واضربها فى اثنين ثم فى عشرة تكن مائة وثمانين واقسمها على خمسة وعشرين ثم انقص من الأربعة واحداً واضرب ثلاثة فى اثنين ثم زدها واحداً تكن سبعة اضربها فى ثلاثة ثم فى عشرة تكن مائتين وعشرة مقسومة على خمسة وعشرين .

طريق آخر : تجعل مع العم أربعة أشياء ومع الخال دينارين ومع الجد ثلاثة دراهم ثم تضم الى مامع العم ديناراً أو الى مامع الخال درهماً وتقابل مامع أحدهما بما مع الآخر وتسقط المشترك فيصير أربعة أشياء تعدل ديناراً ودرهماً فاسقط لفظة الاشياء واجعل مكانها ديناراً أو درهما ثم قابل ما مع الخال بما مع الجد بعد الزيادة وهو ديناران ودرهم مع الخال ثلاثة دراهم وربع درهم وربع دينار مع الجد فإذا أسقطت المشترك بقى درهمان وربع معادلة للدينار وثلاثة أرباع فابسط الكل أرباعا تصر سبعة أرباع من الدينار تعدل تسعة من الدراهم فاقلب واجعل الدراهم سبعة والدينار تسعة ثم ارجع الى ما فرضت فتجد مع العم درهما وديناراً بستة عشر ومع الخال ثمانية عشر ومع الجد أحد وعشرون والعشرة الكاملة خمس وعشرون والستة عشر منها ستة وخمسان والثمانية عشر سبعة وخمس والأحد وعشرون ثمانيه وخمسان :

فإن كان معهم أخ ووصية الجد عشرة الا ربع ما مع الأخ ووصية الأخ عشرة الا خمس ما مع العم فبهذه الطريق تجعل مع العم خمسة أشياء ومع الخال دينارين ومع الجد ثلاثة دراهم ومع الأخ أربعة أفلس ثم تقابل ما مع العم بما مع الخال كما ذكرنا ، وتجعل الأشياء ديناراً ودرهما ثم تقابل ما مع الخال بما مع الجد فتجعل الدينارين درهمين وفلسا ثم تقابل ما مع الجد بما مع الأخ فتخرج الفلس ستة وعشرين والدرهم أحداً وثلاثين والدينار أربعة وأربعين فتبين أن مع العم خمسة وسبعين ومع الخال ثمانية وثمانين ومع الجد ثلاثة وتسعون ومع الأخ مائة وأربعة . إذا زدت على ما مع كل واحد ما استثنيته منه صار معه مائة وتسع عشرة وهي العشرة الكاملة فصارت وصية العم ستة وستة وثلاثين جزءاً ووصية الخال سبعة وسبعة وأربعين جزءاً ووصية الجد سبعة وسبعة وتسعين جزءاً ووصية الأخ ثمانية وثمانية وثمانين جزءاً .

وبطريق الباب تضرب المخارج بعضها في بعض تكن مائة وعشرين تنقصها واحداً يبقى مائة وتسعة عشر فهذا المقسوم عليه ثم تنقص الاثنين واحداً وتضربه في ثلاثة ثم تزيدها واحداً وتضربها في أربعة تكن ستة عشر تنقصها واحداً وتضربها في خمسة تكن خمسة وسبعين فهذه وصية العم تضربها في عشرة ثم تقسمها على تسعة عشر تكن ستة وثلاثين جزءاً ثم تنقص الثلاثة واحداً وتضربها في أربعة وتزيدها واحداً وتضربها في خمسة تكن خمسة وأربعين تنقصها واحداً وتضربها في اثنين تكن ثمانية وثمانين فهذه وصية الخال ثم تنقص الأربعة واحداً وتضربها في خمسة تكن خمسة عشر وتزيدها واحداً وتضربها في اثنين تكن اثنين وثلاثين تنقصها واحـــدا وتضربها في ثلاثة تكن ثلاثة وتسعين .

فهذه وصية الجد ثم تنقص الخمسة واحدا وتضربها في اثنين تكن ثمانية تزيدها واحدا وتضربها في ثلاثة تكن سبعة وعشرين تنقصها واحدا وتضربها في أربعة تكن مائة وأربعة فهي وصية الأخ وفي ذلك تضرب العدد الذي مع كل واحد منهم وتقسمه على تسعة عشر فالخارج بالقسم هو وصيته، ولو وصى

لعمه بعشرة ونصف وصيه خاله والخاله بعشرة وثلث وصية عمه كانت وصية العم ثمانية عشر ووصية الخال ستة عشر ، وبابها أن تضرب أحـــد المخرجين فى الآخر وانقصه واحدا فهو المقسوم عليه ثم تزيد مخرج النصف واحدا وتضربه فى مخرج الثلث ثم فى عشرة تكن تسعين مقسومة على خمسة عشر تكن ثمانية عشر ثم تزيد مخرج الثلث واحدا وتضربه فى مخرج النصف ثم فى عشرة تكن ثمانين مقسومة على خمسة .

فإن كان معهما آخر ووصى للخال بعشرة وربع وصيته ووصى له بعشرة وربع وصية العم ضربت المخارج ونقصتها واحدا تكن ثلاثة وعشرين فهى المقسوم عليه ثم تزيد الاثنين واحدا وتضربها فى ثلاثة تكن تسعة فزدها واحدا واضربها فى أربعة تكن أربعين فى عشرة ثم اقسمها تخرج سبعة عشر وتسعة أجزاء فهى وصية العم ثم تصنع فى الباقين كما ذكرنا فتكون وصية الخال أربعة عشر وثمانيه عشر جزءا ووصيه الثالث أربعه عشر وثمانيه أجزاء وان شئت بعد ما عملت وصيه العم فاضرب الزائد من وصيته فى اثنين فهو وصيه الخال واضرب الزائد عن العشرة من وصيه الخال فى ثلاثه فهى وصيه العم ومتى عرفت ما مع واحد منهم أمكنك معرفه ما مع الآخرين والله أعلم .

وهذا القدر من هذا الفن يكفى فإن الحاجه اليه قليلة وفروعه كثيرة طويلة وغيرها أهم منها والله تعالى يوفقنا لما يرضيه إنه على ما يشاء قدير .

كتاب الفرائض

روى أبو داود بإسناده عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « العلم ثلاثة وما سوى ذلك فهو فضل : آية محكمة وسنة قائمة وفريضة عادلة ، وعن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « تعلموا الفرائض وعلموه فإنه نصف العلم وهو ينسى وهو أول شيء ينتزع من أمتى » أخرجه ابن ماجه ، ويروى عن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « تعلموا الفرائض وعلموها الناس فإني امرؤ مقبوض وان العلم سيقبض حتى يختلف الرجلان في الفريضة فلا يجدان من يفصل بينهما » .

وروى سعيد عن جرير بن عبد الحميد عن الأعمش عن إبراهيم قال : قال عمر ابن الخطاب رضي الله عنه : تعلموا الفرائض فإنها من دينكم ، وعن جرير عن عاصم الأحول عن مورق العجلي قال : قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه تعلموا الفرائض واللحن والسنة كما تعلمون القرآن ، وقال حدثنا أبو الأحوص أخبرنا أبو إسحاق عن أبي الأحوص عن عبد الله قال : من تعلم القرآن فليتعلم الفرائض

وروى جابر بن عبد الله قال جاءت إمرأة سعد بن الربيع إلى رسول الله (ص) بابنتيها من سعد فقالت يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك في أحد شهيدا وأن عمهما أخذ مالهما ولا ينكحان إلا ولهما مال ، قال فنزلت آية الميراث فأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى عمهما فقال « اعط ابنتي سعد الثلثين وأمهما الثمن وما بقي فهو لك » ، رواه أحمد في مسنده .

« مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله (ولا يرث أخ ولا أخت لأب وأم أو لأب مع ابن ولا مع ابن ابن وإن سفل ولا مع أب)

أجمع أهل العلم على هذا بحمد الله وذكر ذلك ابن المنذر وغيره ، والأصل في هذا قول الله تعالى (يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد) الآية » ، والمراد بذلك الإخوة والأخوات من الأبوين أو من الأب بلا خلاف بين أهل العلم ،

ولأنه قال وهو يرثها ان لم يكن لها ولد ، وهذا حكم العصبة ، واقتضت الآية أنهم لا يرثون مع الولد والوالد ، لأن الكلالة من لا ولد له ولا والد : خرج من ذلك البنات والأم لقيام الدليل على ميراثهم معهما ، بقي ما عداهما على ظاهره ، فيسقط ولد الأبوين ذكرهم وأنثاهم بثلاثة : بالابن وابن الابن وان سفل وبالأب ، ويسقط ولد الأب بهؤلاء الثلاثة وبالأخ من الأبوين لما روى عن علي عليه السلام أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالدين قبل الوصيه ، ولان أعيان بني الام يتوارثون دون بني العلاة ، يرث الرجل أخاه لأبيه وأمه دون أخيه لأبيه . أخرجه الترمذي .

، مسأله ، قال (ولا يرث أخ ولا أخت لأم مع ولد ، ذكراً كان الولد أو أنثى ، ولا مع ولد الابن ولا مع أب ولا مع جد)

وجملة ذلك أن ولد الام ، ذكرهم وأنثاهم ، يسقطون بأربعة : بالولد وولد الابن والاب والجد أب الاب وان علا ، أجمع على هذا أهل العلم فلا نعلم أحداً منهم خالف هذا ، الا رواية شذت عن ابن عباس في أبوين وأخوين لام ، للأم الثلث وللأخوين الثلث ، وقيل عنه لهما ثلث الباقي ، وهذا بعيد جداً

قال ابن عباس : يسقط الإخوة كلهم بالجد ، فكيف يورث ولد الام مع الاب ؟ ولا خلاف بين أهل العلم في أن ولد الام يسقطون بالجد فكيف يرثون مع الاب ؟ والاصل في هذه الجملة قول الله تعالى (وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس . فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث) والمراد بهذه الآيه الاخ والاخت من الام بإجماع أهل العلم . وفي قراءة سعد بن أبي وقاص: وله أخ أو أخت من أم . والكلالة في قول الجمهور من ليس له ولد ولا والد ، فشرط في توريثهم عدم الولد والوالد ، والولد يشمل الذكر والانثى ، والوالد يشمل الاب والجد

(فصـــل) اختلف أهل العلم في الكلالة . فقيل الكلاله اسم للورثه ما عدا الوالدين والمولودين — نص احمد على هذا — وروى عن أبي بكر الصديق

رضى الله عنه أنه قال : الكلالة من عدا الولد والوالد ، واحتج من ذهب الى هذا بقول الفرزدق فى بنى أمية :

ورثتم قناة المجد لا عن كلالة عن ابنى مناف عبد شمس وهاشم

واشتقاقه من الإكليل الذى يحيط بالرأس ولا يعلو عليه ، فكأن الورثة ما عدا الولد والوالد قد أحاطوا بالميت من حوله لا من طرفيه أعلاه وأسفله ، كإحاطة الإكليل بالرأس ، فأما الوالد والولد فهما طرفا الرجل ، فإذا ذهبا كان بقية النسب كلالة . قال الشاعر :

فكيف بأطرافى اذا ماشتمتنى وما بعد شتم الوالدين صلوح

وقالت طائفه . الكلالة اسم للميت نفسه الذى لا ولد له ولا والد ، يروى ذلك عن عمر وعلى وابن مسعود . وقيل الكلالة قرابة الام ، واحتجوا بقول الفرزدق الذى أنشدناه ، عنى انكم ورثتم الملك عن آبائكم لاعن أمهاتكم ، ويروى عن الزهرى أنه قال : الميت الذى لا ولد له ولا والد كلالة ويسمى وارثه كلالة ؛ والآيتان فى سورة النساء : والمراد بالكلالة فيهما الميت ، ولا خلاف فى أن اسم الكلالة يقع على الاخوة من الجهات كلها ، وقد دل على صحة ذلك قول جابر : يا رسول الله كيف الميراث ؟ انما يرثنى كلاله ، فجعل الوارث هو الكلاله ، ولم يكن لجابر يومئذ ولد ولا والد ، وممن ذهب الى أنه يشترط فى الكلاله عدم الولد والوالد زيد وابن عباس وجابر بن زيد والحسن وقتادة والنخعى وأهل المدينه والبصرة والكوفه : ويروى عن ابن عباس أنه قال : الكلاله من لا ولد له ، ويروى ذلك عن عمر ، والصحيح عنهما كقول الجماعه

• مسأله • قال (والأخوات مع البنات عصبة ، لهن ما فضل ، وليست لهن معهن فريضة مسماة)

العصبة هو الوارث بغير تقدير ؛ واذا كان معه ذو فرض أخذ ما فضل عنه قل أو كثر ، وان انفرد أخذ الكل ؛ وان استغرقت الفروض المال سقط ، والمراد بالاخوات ههنا الاخوات من الابوين أو من الاب لانه قد ذكر أن ولد الام

لاميراث لهم مع الولد ، وهذا قول عامة أهل العلم، يروى ذلك عن عمر وعلى وزيد وابن مسعود ومعاذ وعائشة رضى الله عنهم ، واليه ذهب عامة الفقهاء إلا ابن عباس ومن تابعه فإنه يروى عنه أنه كان لا يجعل الأخوات مع البنات عصبة : فقال فى بنت وأخت : للبنت النصف ولا شىء للأخت ، فقيل له إن عمر قضى بخلاف ذلك ، جعل للأخت النصف ، فقال ابن عباس : أنتم أعلم أم الله ؟ يريد قول الله سبحانه (إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ماترك) فإنما جعل لها الميراث بشرط عدم الولد ، والحق فيما ذهب اليه الجمهور، فإن ابن مسعود قال فى بنت وبنت ابن وأخت لأقضين فيها بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم، للبنت النصف ولبنت الابن السدس ومابقى فللأخت ، رواه البخارى وغيره . واحتجاج ابن عباس لا يدل على ما ذهب اليه ، بل يدل على أن الاخت لا يفرض لها النصف مع الولد ، ونحن نقول به ، فإن ما تأخذه مع البنت ليس بفرض ، وإنما هو بالتعصيب كميراث الأخ وقد وافق ابن عباس على ثبوت ميراث الأخ مع الولد مع قول الله تعالى (وهو يرثها إن لم يكن لها ولد) وعلى قياس قوله ينبغى أن يسقط الأخ لاشتراطه فى توريثه منها عدم ولدها وهو خلاف الاجماع ، ثم ان النبى صلى الله عليه وسلم وهو المبين لكلام الله تعالى قد جعل للأخت مع البنت وبنت الابن الباق عن فرضهما وهو الثلث ، ولو كانت ابنتان وبنت ابن لسقطت بنت الابن وكان للأخت الباقى وهو الثلث فإن كان معهم أم فلها السدس ويبقى للأخت السدس فان كان بدل الأم زوج فالمسألة من اثنى عشر للزوج الربع وللابنتين الثلثان ويبقى للأخت نصف السدس فان كان معهم أم عالت المسألة وسقطت الأخت .

• مسألة • قال (وبنات الابن بمنزلة البنات إذا لم يكن بنات)

أجمع أهل العلم على أن بنات الابن بمنزلة البنات عند عدمهن فى إرثهن وحجبهن لمن يحجبه البنات وفى جعل الأخوات معهن عصبات وفى انهن إذا استكملن الثلثين سقط من أسفل منهن من بنات الابن وغير ذلك، والاصل فى ذلك قول الله عز وجل (يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ماترك) وولد البنين أولاد قال الله تعالى (يابنى آدم)

يخاطب بذلك أمة محمد صلى الله عليه وسلم وقال (يا بنى إسرائيل) يخاطب بذلك من فى عصر النبي صلى الله عليه وسلم منهم . وقال الشاعر :

بنونا بنو أبنائنا ، وبناتنــا   بنوهن أبناء الرجال الأباعد

« مسألة » قال (فإن كن بنات وبنات ابن فللبنات الثلثان وليس لبنات الابن شيء إلا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقي للذكر مثل حظ الأنثيين)

أجمع أهل العلم على أن فرض الابنتين الثلثان إلا رواية شاذة عن ابن عباس أن فرضهما النصف لقول الله تعالى (فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ماترك) فمفهومه أن مادون الثلاث ليس لهما الثلثان . والصحيح قول الجماعة . فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال لأخي سعد بن الربيع « أعط ابنتي سعد الثلثين » وقال الله تعالى فى الأخوات (فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك) وهـذا تنبيه على أن للبنتين الثلثين لأنهما أقرب . ولأن كل من يرث الواحد منهم النصف فللاثنتين منهم الثلثان كالأخوات من الأبوين والأخوات من الأب ، وكل عدد يختلف فرض واحدهم وجماعتهم فللاثنين منهم مثل فرض الجماعه ، كولد الام والاخوات من الابوين أو من الاب . فأما الثلاث من البنات فما زاد فلا خلاف فى أن فرضهن الثلثان . وأنه ثابت بقول الله تعالى (فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك)

واختلف فيما ثبت به فرض الابنتين . فقيل ثبت بهذه الآيه والتقدير : فان كن نساء اثنتين وفوق صلة كقوله (فاضربوا فوق الاعناق) أى اضربوا الاعناق ، وقد دل على هذا أن النبي صلى الله عليه وسلم حين نزلت هذه الآيه أرسل الى أخي سعد بن الربيع « اعط ابنتي سعد الثلثين » وهذا من النبي صلى الله عليه وسلم تفسير للآيه وبيان لمعناها . واللفظ اذا فسر كان الحكم ثابتاً بالمفسر لا بالتفسير ، ويدل على ذلك أيضا أن سبب نزول الآية قصة بنتي سعد بن الربيع وسؤال أمهما عن شأنهما فى ميراث أبيهما ، وقيل بل ثبت بهذه السنة الثابته ، وقيل بل ثبت بالتنبيه الذى ذكرناه . وقيل بل ثبت بالاجماع وقيل بالقياس، وفى الجملة فهذا حكم قد أجمع عليه وتواردت عليه الادلة التى ذكرناها كلها فلا يضرنا أيها أثبته . وأجمع أهل

العلم على أن بنات الصلب متى استكملن الثلثين سقط بنات الابن ما لم يكن بإزائهن أو أسفل منهن ذكر يعصبهن . وذلك لأن الله تعالى لم يفرض للأولاد إذا كانوا نساء إلا الثلثين قليلات كن أو كثيرات . وهؤلاء لم يخرجن عن كونهن نساء من الأولاد وقد ذهب الثلثان لولد الصلب فلم يبق لهن شيء ولا يمكن أن يشاركن بنات الصلب لأنهن دون درجتهن . فإن كان مع بنات الابن ابن في درجتهن كأخيهن أو ابن عمهن أو أنزل منهن كابن أخيهن أو ابن ابن عمهن أو ابن ابن ابن عمهن عصبهن في الباقي ، فجعل بينهم للذكر مثل حظ الانثيين . وهذا قول عامة العلماء . يروى ذلك عن علي وزيد وعائشة رضي الله عنهم ، وبه قال مالك والثوري والشافعي رضي الله عنهم وإسحاق وأصحاب الرأي : وبه قال سائر الفقهاء إلا ابن مسعود ومن اتبعه . فإنه خالف الصحابة في ست مسائل من الفرائض ، هذه إحداهن فجعل الباقي للذكر دون أخواته ، وهو قول أبي ثور ، لأن النساء من الاولاد لا يرثن أكثر من الثلثين : بدليل ما لو انفردن . وتوريثهن ههنا يفضي إلى توريثهن أكثر من ذلك .

ولنا قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) وهؤلاء يدخلون في عموم هذا اللفظ بدليل تناوله لهم لو لم يكن بنات ، وعدم البنات لا يوجب لهم هذا الاسم . ولان كل ذكر وأنثى يقتسمون المال إذا لم يكن معهم ذو فرض فيجب أن يقتسما الفاضل عنه كأولاد الصلب والاخوة مع الاخوات . وماذكروه فهو في الاستحقاق للفرض . فأما في مسألتنا فإنما يستحقون بالتعصيب فكان معتبراً بأولاد الصلب والإخوة والاخوات ثم ، ويبطل ماذكروه بما اذا خلف ابنا وست بنات فإنهن يأخذن ثلاثة أرباع المال ، وإن كن ثمانيا أخذن أربعة أخماسه ، وإن كن عشراً أخذن خمسة أسداسه ، وكلما زدن في العدد زاد استحقاقهن .

(فصل) وابن ابن الابن يعصب من في درجته من أخواته وبنات عمه وبنات ابن عم أبيه على كل حال ، ويعصب من هو أعلى منه من عماته وبنات عم أبيه ومن فوقهن بشرط أن يكن ذوات فرض ويسقط من هو أنزل منه كبناته وبنات أخيه وبنات ابن عمه ، فلو خلف الميت خمس بنات ابن بعضهن أنزل من بعض

لا ذكر معهن وعصبة كان للعليا النصف وللثانيه السدس وسقط سائرهن والباق للعصبة ، فإن كان مع العليا أخوها أو ابن عمها فالمال بينهما على ثلاثة وسقط سائرهن فإن كان مع الثانيه عصبها وكان للعليا النصف والباق بينه وبين الثانيه على ثلاثة فان كان مع الثالثه فللعليا النصف وللثانية السدس والباق بينه وبين الثالثة على ثلاثة ، فان كان مع الرابعة فللعليا النصف وللثانيه السدس والباق بينه وبين الثالثه والرابعه على أربعة ، فان كان مع الخامسه فالباق بعد فرض الاولى والثانيه بينه وبين الثالثه والرابعه والخامسه على خمسة وتصح من ثلاثين ، وان كان أنزل من الخامسه فكذلك ، ولا أعلم فى هذا خلافا بين القائلين بثبوت تعصيب بنات الابن مع بنى الابن بعد استكمال الثلثين

« مسألة » قال (فان كانت ابنة واحدة وبنات ابن فلإبنة الصلب النصف ولبنات الابن واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس تكملة الثلثين الا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقى للذكر مثل حظ الانثيين)

فى هذه المسألة ثلاثة أحكام :

أحدها : أن للبنت الواحدة النصف ، ولا خلاف فى هذا بين علماء المسلمين . لقول الله تعالى (وان كانت واحدة فلها النصف) ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى بنت وبنت ابن وأخت أن للبنت النصف ولبنت الابن السدس وما بقى فللأخت

الثانى . أنه اذا كان مع البنت الواحدة بنت ابن أو بنات ابن فللبنت النصف ولبنات الابن واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس تكملة الثلثين ، وهذا أيضا مجمع عليه بين العلماء . والاصل فيه قول الله تعالى (فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك ، وان كانت واحدة فلها النصف) ففرض البنات كلهن الثلثين وبنات الصلب وبنات الابن كلهن نساء من الاولاد فكان لهن الثلثان بفرض الكتاب لا يزدن عليه . واختصت بنت الصلب بالنصف لأنه مفروض لها والاسم متناول لها حقيقة ، فيبقى للبقية تمام الثلثين ، ولهذا قال الفقهاء : لهن السدس تكملة الثلثين .

وقد روى هزيل بن شرحبيل الأودي قال : سئل أبو موسى عن ابنة وابنة ابن وأخت فقال : للبنت النصف وما بقي فللأخت . فأتى ابن مسعود وأخبره بقول أبي موسى فقال . لقد ضللت إذاً وما أنا من المهتدين ، ولكن أقضي فيها بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم : للبنت النصف ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين وما بقي فللأخت . فأتينا أبا موسى فأخبرناه بقول ابن مسعود فقال : لا تسألوني عن شيء مادام الحبر فيكم ، متفق عليه بنحو من هذا المعنى .

الحكم الثالث : إذا كان مع بنات الابن ذكر في درجتهن فإنه يعصبهن فيما بقي للذكر مثل حظ الانثيين في قول جمهور الفقهاء من الصحابة ومن بعدهم ، إلا ابن مسعود فيمن تابعه فانه خالف الصحابة فيها ، وهذه المسألة الثانية التي انفرد فيها عن الصحابة فقال : لبنات الابن الاضر بهن من المقاسمة أو السدس فان كان السدس أقل مما يحصل لهن بالمقاسمة فرضه لهن وأعطى الباقي للذكر ، وان كان الحاصل لهن بالمقاسمة أقل قاسم بهن . وبنى ذلك على أصله في أن بنت الابن لا يعصبها أخوها اذا استكمل البنات الثلثين ، الا أنه ناقض في المقاسمة اذا كان أضر بهن، وكان ينبغي أن يعطيهن السدس على كل حال .

ولنا قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) ولأنه يقاسمها لو لم يكن غيرها فقاسمها مع بنت الصلب ، كما لو كانت المقاسمة أضر بهن ، وأصله الذي بنى عليه فاسد كما قدمنا .

(فصل) وحكم بنات ابن الابن مع بنات الابن حكم بنات الابن مع بنات الصلب في جميع ماذكرنا في هاتين المسألتين ، وفي أنه متى استكمل من فوق السفلى الثلثين سقطت اذا لم يكن لها من يعصبها ، سواء كمل الثلثان لمن في درجة واحدة أو العليا أو التي تليها، وكذلك كل من نزلت درجته مع من هو أعلى منه ، وقد مثلنا ذلك في المسألة التي ذكرنا في آخر المسألة التي قبل هذه .

(مسألة) قال (والاخوات من الاب بمنزلة الاخوات من الاب والام اذالم يكن أخوات لاب وأم، فان كان أخوات لاب وأم وأخوات لاب فللأخوات من الاب والام الثلثان وليس للأخوات من الاب شيء الا أن يكون معهن ذكر

فيعصبهن فيما بقى للذكر مثل حظ الانثيين ، فان كانت أخت واحدة لاب وأم وأخوات لاب فللأخت للأب والام النصف والأخوات من الاب واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس تكملة الثلثين الا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقى للذكر مثل حظ الانثيين ﴾

وهذه الجملة كلها مجمع عليها بين علماء الامصار ، الا ما كان من خلاف ابن مسعود ومن تبعه لسائر الصحابة والفقهاء فى ولد الاب اذا استكمل الاخوات من الابوين الثلثين ، فانه جعل الباقى للذكر من ولد الاب دون الإناث ، فان كانت أخت واحدة من أبوين وأخوة وأخوات من أب جعل للإناث من ولد الاب الاضر بهن من المقاسمة أوالسدس ، وجعل الباقى للذكور كفعله فى ولدالابن مع البنات على ما مر تفصيله وشرحه ، وقد سبق ذكر حجته وجوابها بما يغنى عن اعادته . فأمافرض الثلثين للأختين فصاعداً والنصف للواحدة المفرده فثابت بقول الله تعالى (يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ماترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد: فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك) والمراد بهذه الآية ولد الابوين وولد الاب باجماع أهل العلم :

وروى جابر قال ، قلت يارسول الله كيف أصنع فى مالى ولى أخوات ؟ قال فنزلت آية الميراث (يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة ان امرؤ هلك) ، رواه أبو داود، وروى أن جابراً اشتكى وعنده سبع أخوات . فقال النبى صلى الله عليه وسلم ، قد أنزل الله فى أخواتك ، فبين لهن الثلثين ومازاد على الاختين فى حكمها لانه اذا كان للأختين الثلثان فالثلاث أختان فصاعداً .

وأما سقوط الاخوات من الاب باستكمال ولد الابوين الثلثين فلأن الله تعالى انما فرض للأخوات الثلثين . فاذا أخذه ولد الابوين لم يبق مما فرضه الله تعالى للأخوات شىء يستحقه ولدالاب : فان كانت واحدة من الابوين فلها النصف بنص الكتاب وبقى من الثلثين المفروضة للأخوات سدس يكمل به الثلثان فيكون للأخوات للأب . ولذلك قال الفقهاء . لهن السدس تكملة الثلثين ، فان كان ولد الاب ذكوراً وإناثا فالباقى بينهم لقول الله تعالى (وان كانوا اخوة رجالا ونساء

فللذكر مثل حظ الأنثيين ولا يفارق ولد الأب مع ولد الأبوين ولد الابن مع ولد الصلب إلا فى أن بنت الابن يعصبها ابن أخيها ومن هو أنزل منها والأخت من الاب لا يعصبها إلا أخوها ، فلو استكمل الاخوات من الابوين الثلثين وثم أخوات من أب وابن أخ لهن لم يكن للاخوات للاب شيء وكان الباقى لابن الاخ ، لأن ابن الابن وإن نزل ابن وابن الاخ ليس بأخ

فصـــل

أربعة من الذكور يعصبون أخواتهم فيمنعونهن الفرض ويقتسمون ماورثوا للذكر مثل حظ الانثيين . وهم الابن وابن الابن وإن نزل ، والاخ من الابوين والاخ من الاب ، وسائر العصبات ينفرد الذكور بالميراث دون الإناث ، وهم بنو الاخ والاعمام وبنوهم . وذلك لقول الله تعالى (يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) فهذه الآية تناولت الاولاد وأولاد الابن ، وقال تعالى (وان كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) فتناولت ولد الابوين وولد الاب وانما اشتركوا لان الرجال والنساء كلهم وراث ، فلو فرض للنساء فرض أفضى الى تفضيل الانثى على الذكر أو مساواتها اياه أو اسقاطه بالكلية ، فكانت المقاسمة أعدل وأولى ، وسائر العصابات ليس أخواتهم من أهل الميراث فانهن لسن بذوات فرض ولا يرثن منفردات فلا يرثن مع اخوتهن شيئا ، وهذا لا خلاف فيه بحمد الله ومنته .

، مسألة ، قال (وللام الثلث اذا لم يكن الا أخ واحد أو أخت واحدة ولم يكن ولد ولا ولد ابن، فإن كان له ولد أو اخوان أو أختان فليس لها الا السدس)

وجملة ذلك أن للام ثلاثة أحوال : حال ترث فيها الثلث بشرطين : أحدهما عدم الولد وولد الابن من الذكور والاناث والثانى : عدم الإبنين فصاعداً من الإخوة والاخوات من أى الجهات كانوا ذكورا أو اناثا ، أو ذكوراً واناثا فلها فى هذه الحال الثلث بلا خلاف نعلمه بين أهل العلم

الحال الثانى : لها السدس اذا لم يجتمع الشرطان بل كان للميت ولد أو ولد ابن أو اثنان من الاخوة والاخوات فى قول جمهور الفقهاء .

وقال ابن عباس : لايحجب الام عن الثلث الى السدس من الاخوة والاخوات الا ثلاثة ، وحكى ذلك عن معاذ ، لان الله تعالى قال (فإن كان له اخوة فلأمه السدس) وأقل الجمع ثلاثة .

وروى أن ابن عباس قال لعثمان رضى الله عنه : ليس الاخوان اخوة فى لسان قومك فلم تحجب بهما الام ؟ فقال لا أستطيع أن أرد شيئا كان قبلى ومضى فى البلدان وتوارث الناس به .

ولنا قول عثمان هذا فإنه يدل على أنه اجماع ثم قبل مخالفة ابن عباس ، ولان كل حجب يتعلق بعدد كان أوله اثنين ، كحجب البنات بنات الابن والاخوات من الابوين الاخوات من الاب ، والاخوة تستعمل فى الإثنين ، قال الله تعالى (فان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) وهذا الحكم ثابت فى أخ واخت ؛ ومن أهل اللغة من يجعل الاثنين جمعا حقيقة ، ومنهم من يستعمله مجازاً فيصرف اليه بالدليل ، ولا فرق فى حجبها بين الذكر والانثى لقوله تعالى (اخوة) وهذا يقع على الجميع بدليل قوله (فان كانوا اخوة رجالا ونساء) ففسرهم بالرجال والنساء

الحال الثالث : اذا كان زوج وأبوان أوامرأة وأبوان فللام ثلث الباقى بعد فرض الزوجين . وهذه يأتى ذكرها ان شاء الله تعالى

(مسألة) قال (وليس للاب مع الولد الذكر أو ولد الابن الا السدس ، فان كن بنات كان له ما فضل)

يعنى والله أعلم كان له ما فضل بعد أن يفرض له السدس ، فيكون له ثلاثة أحوال . حال يرث فيها بالفرض ، وهى مع الابن أو ابن الابن ، وان سفل فليس له الا السدس والباقى للابن ومن معه ، لا نعلم فى هذا خلافا ، وذلك لقول الله تعالى (ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد)

الحال الثانية : يرث فيها بالتعصيب المجرد وهى مع غير الولد فيأخذ المال ان انفرد ، وان كان معه ذو فرض غير الولد ، كزوج أو أم أو جدة فلذى الفرض فرضه وباقى المال له لقول الله تعالى (فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث)

فأضاف الميراث اليهما ثم جعل للام الثلث فكان الباقى للاب . ثم قال (فإن كان له إخوة فلامه السدس) فجعل للام مع الاخوة السدس ولم يقطع إضافة الميراث إلى الأبوين ولا ذكر للاخوة ميراثا فكان الباقى كله للاب

الحال الثالثة . يجتمع له الأمران : الفرض والتعصيب . وهى مع اناث الولد أو ولد الابن فله السدس لقوله تعالى (فلكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد) ولهذا كان للاب السدس مع البنت بالإجماع ثم يأخذ ما بقى بالتعصيب ، لما روى ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقى فهو لأولى رجل ذكر » متفق عليه ، والأب أولى رجل بعد الابن وابنه وأجمع أهل العلم على هذا كله فليس فيه بحمد الله اختلاف نعلمه

فصل

والجد كالاب فى أحواله الثلاث وله حال رابع مع الإخوة يذكر فى بابه ، ويسقط بالاب لأنه يدلى به فيسقط به كالإخوة ، وكذلك كل جد يسقط بابنه لكونه يدلى به ، وينقص الجد عن رتبة الاب فى زوج وأبوين أو امرأة وأبوين فيفرض للام فيهما ثلث جميع المال وباقيه للجد بخلاف الاب

« مسألة » قال (وللزوج النصف إذا لم يكن ولد ، فإن كان لها ولد فله الربع وللمرأة الربع واحدة كانت أو أربعا إذا لم يكن ولد ؛ فان كان له ولد فلهن الثمن)

وجملة ذلك : أن الزوج والزوجة ذوا فرض لا يرثان بغيره وفرض الزوج النصف مع عدم ولد الميتة وولد ابنها والربع مع الولد أو ولد الابن وفرض الزوجة والزوجات الربع مع عدم ولد الزوج وولد ابنه . والثمن مع الولد أو ولد الابن الواحد والاربع سواء باجماع أهل العلم،والاصل فيه قول الله تعالى (ولكم نصف ماترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين) وإنما جعل للجماعة مثل ما للواحدة لانه لو جعل لكل واحدة الربع وهن أربع لأخذن جميع المال وزاد

فرضهن على فرض الزوج ، ومثل هذا فى الجدات الجماعة مثل ما للواحدة لان الجدات لو أخذت كل واحدة منهن السدس لاخذن النصف فزدن على ميراث الجد ، فأما سائر أصحاب الفروض كالبنات وبنات الابن والاخوات المفترقات كلهن فان لكل جماعة منهن مثل ما للاثنتين على ما ذكر فى موضعه ، وزدن على فرض الواحدة لان الذكر الذى يرث فى درجتهن لا فرض له إلا ولد الام فان ذكرهم وأنثاهم سواء لانهم يرثون بالرحم وقرابة الام المجردة .

« مسأله » قال (وابن الاخ للاب والام أولى من ابن الاخ للاب وابن الاخ للاب أولى من ابن ابن الاخ للاب والام وابن الاخ وإن سفل إذا كان الاب أولى من العم وابن العم للاب أولى من ابن ابن العم للاب والام وابن العم وإن سفل أولى من عم الاب)

هذا فى ميراث العصبة وهم الذكور من ولد الميت وآبائه وأولادهم وليس ميراثهم مقدراً بل يأخذون المال كله إذا لم يكن معهم ذو فرض فان كان معهم ذو فرض لا يسقط بهم أخذوا الفاضل عن ميراثه كله وأولاهم بالميراث أقربهم ويسقط به من بعد لقول النبي (ص) « ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقى فهو لأولى رجل ذكر » وأقربهم البنون ثم بنوهم وان سفلوا يسقط قريبهم بعيدهم ثم الاب ثم آباؤه وان علوا الاقرب منهم فالاقرب ، ثم بنو الاب وهم الاخوة للابوين أو للاب ، ثم بنوهم وان سفلوا الاقرب منهم فالاقرب ويسقط البعيد بالقريب سواء كان القريب من ولد الابوين أو من ولد الاب وحده ، فإن اجتمعوا فى درجة واحدة فولد الابوين أولى لقوة قرابته بالام ، فلهذا قال ابن الاخ للاب ، والام أولى من ابن الاخ للاب لانهما فى درجة واحدة ، وابن الاخ للاب أولى من ابن ابن الاخ للاب والام ، لان ابن الاخ للاب أعلى درجة من ابن ابن الاخ للاب والام وعلى هذا أبداً ، ومهما بقى من بنى الاخ أحد وان سفل فهو أولى من العم لانه من ولد الاب والعم من ولد الجد فإذا انقرض الاخوة وبنوهم فالميراث للاعمام ثم بنيهم على هذا النسق ان استوت درجتهم قدم من هو لابوين فان اختلفت قدم الاعلى وان كان لاب ، ومهما بقى منهم أحد وان سفل فهو أولى

من عم الاب لان الأعمام من ولد الجد وأعمام الأب من ولد أب الجد فإذا انقرضوا فالميراث لأعمام الاب على هذا النسق ثم لأعمام الجد ثم بنيهم . وعلى هذا أبداً لا يرث بنو أب أعلى مع بنى أب أقرب منه وان نزلت درجتهم لما مر فى الحديث ، وهذا كله مجمع عليه بحمد الله ومنه

« مسأله » قال (واذا كان زوج وأبوان أعطى الزوج النصف والام ثلث ما بقى وما بقى فللاب ، واذا كانت زوجة وأبوان أعطيت الزوجة الربع والأم ثلث ما بقى وما بقى فللاب)

هاتان المسألتان يسميان العمريتين . لأن عمر رضى الله عنه قضى فيهما بهذا القضاء فاتبعه على ذلك عثمان وزيد بن ثابت وابن مسعود . وروى ذلك عن على وبه قال الحسن والثورى ومالك والشافعى رضى الله عنهم وأصحاب الرأى ، وجعل ابن عباس ثلث المال كله للام فى المسألتين لان الله تعالى فرض لها الثلث عند عدم الولد والإخوة وليس ههنا ولد وإخوة . ويروى ذلك عن على ، وروى ذلك عن شريح فى زوج وأبوين . وقال ابن سيرين كقول الجماعة فى زوج وأبوين : وكقول ابن عباس فى امرأة وأبوين : وبه قال أبو ثور ، لأننا لو فرضنا للام ثلث المال فى زوج وأبوين لفضلناها على الاب ، ولا يجوز ذلك . وفى مسألة المرأة لا يؤدى الى ذلك .

واحتج ابن عباس بعموم قوله تعالى (فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث) وبقوله عليه السلام « ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقى فهو لأولى رجل ذكر » والاب ههنا عصبة فيكون له ما فضل عن ذوى الفروض ، كما لو كان مكانه جد ، والحجة معه لولا انعقاد الاجماع من الصحابة على مخالفته ، ولان الفريضة إذا جمعت أبوين وذا فرض كان للام ثلث الباقى ، كما لو كان معهم بنت ويخالف الاب الجد لان الاب فى درجتها والجد أعلى منها ، وما ذهب اليه ابن سيرين تفريق فى موضع أجمع الصحابة على التسوية فيه ، ثم انه مع الزوج يأخذ مثلى ما أخذت الام كذلك مع المرأة قياسا عليه

« مسألة » قال ﴿ وإذا كان زوج وأم وإخوة لأم وإخوة لأب وأم فللزوج النصف وللأم السدس وللإخوة من الأم الثلث وسقط الاخوة من الأب والأم ﴾

هذه المسألة تسمى المشركة وكذلك كل مسألة اجتمع فيها زوج وأم أو جدة واثنان فصاعداً من ولد الأم وعصبة من ولد الأبوين ، وإنما سميت المشركة ، لأن بعض أهل العلم شرك فيها بين ولد الأبوين وولد الأم فى فرض ولد الأم فقسمه بينهم بالسوية وتسمى الحمارية لأنه يروى أن عمر رضي الله عنه أسقط ولد الأبوين فقال بعضهم يا أمير المؤمنين هب ان أبانا كان حماراً أليست أمنا واحدة ؟ فشرك بينهم ويقال إن بعض الصحابة قال ذلك فسميت الحمارية لذلك ، واختلف أهل العلم فيها قديما وحديثا فذهب أحمد رضى الله عنه فيها إلى أن للزوج النصف وللأم السدس وللإخوة من الأم الثلث وسقط الاخوة من الابوين لانهم عصبة وقد تم المال بالفروض ، ويروى هذا القول عن علي وابن مسعود وأبي بن كعب وابن عباس وأبي موسى رضى الله عنهم ، وبه قال الشعبي والعنبرى وشريك وأبو حنيفة وأصحابه رضى الله عنهم ويحيى بن آدم ونعيم بن حماد وأبو ثور وابن المنذر .

وروى عن عمر وعثمان وزيد بن ثابت رضى الله عنهم أنهم شركوا بين ولد الابوين وولد الام فى الثلث فقسموه بينهم بالسوية للذكر مثل حظ الانثيين وبه قال مالك والشافعى رضي الله عنهما وإسحاق ، لانهم ساووا ولد الام فى القرابة التى يرثون بها فوجب أن يساووهم فى الميراث فإنهم جميعا من ولد الام وقرابتهم من جهة الاب إن لم تزدهم قربا واستحقاقا فلا ينبغى أن تسقطهم ولهذا قال بعض الصحابة وبعض ولد الابوين لعمر وقد أسقطهم : هب أن أباهم كان حماراً فما زادهم ذلك إلا قربا فشرك بينهم وحرر بعض أصحاب الشافعى فيها قياسا فقال فريضة جمعت ولد الاب والام وولد الام وهم من أهل الميراث فإذا ورث ولد الام وجب أن يرث ولد الاب والام كما لو لم يكن فيها زوج .

ولنا قول الله تعالى (وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث)

ولا خلاف فى أن المراد بهذه الآية ولد الام على الخصوص فمن شرك بينهم فلم يعط كل واحد منهما السدس فهو مخالفة لظاهر القرآن ويلزم منه مخالفة ظاهر الاية الاخرى وهى قوله (وإن كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) يراد بهذه الاية سائر الإخوة والاخوات وهم يسوون بين ذكرهم وأنثاهم ، وقال النبى صلى الله عليه وسلم « ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقى فلأولى رجل ذكر » ومن شرك فلم يلحق الفرائض بأهلها ، ومن جهة المعنى أن ولد الابوين عصبة لا فرض لهم وقد تم المال بالفروض فوجب أن يسقطوا كما لو كان مكان ولد الام ابنتان وقد انعقد الاجماع على أنه لو كان فى هذه المسألة واحد من ولد الام ومائة من ولد الابوين لكان للواحد السدس وللمائة السدس الباقى لكل واحد عشر عشره ، وإذا جاز أن يفضلهم الواحد هذا الفضل كله لم لا يجوز لاثنين إسقاطهم ؟

وقولهم تساووا فى قرابة الام ، قلنا فلم لم يساووهم فى الميراث فى هذه المسألة ؟ وعلى أنا نقول إن ساووهم فى قرابة الام فقد فارقوهم فى كونهم عصبه من غير ذوى الفروض وهذا الذى افترقوا فيه هو المقتضى لتقديم ولد الام وتأخير ولد الابوين فإن الشرع ورد بتقديم ذوى الفروض وتأخير العصبة . ولذلك يقدم ولد الام على ولد الابوين فى القدر فى المسألة المذكورة وشبهها فكذلك يقدم ، وإن سقطو لدالابوين كغيره، ويلزمهم أن يقولوا فى زوج وأخت من أبوين وأخت من أب معها أخوها أن الاخ يسقط وحده فترث أخته السبع ، لان قرابتها مع وجوده كقرابتها مع عدمه وهو لم يحجبها فهلا عدوه حمارا وورثوها مع وجوده كميراثها مع عدمه ؟ وما ذكروه من القياس طردى لا معنى تحته .

قال العنبرى القياس ما قال على ، والاستحسان ما قال عمر ، قال الخبرى وهذه وساطة مليحة وعبارة صحيحة وهو كما قال إلا أن الاستحسان المجرد ليس بحجة فى الشرع فانه وضع للشرع بالرأى من غير دليل . ولا يجوز الحكم به لو انفرد عن المعارض فكيف وهو فى مسألتنا يخالف ظاهر القرآن والسنة والقياس ؟ ومن العجب ذهاب الشافعى إليه هىنا مع تخطئته الذاهبين اليه فى غير هذا الموضع وقوله من استحسن فقد شرع . وموافقة الكتاب والسنة أولى

﴿ فصـــل ﴾

ولو كان مكان ولد الابوين عصبة من ولد الاب سـقط قولا واحدا ولم يورثهم أحد من أهل العلم فيما علمنا . لأنهم لم يساووا ولد الام فى قرابة الام ولو كان مكانهم أخوات من أبوين أو من أب فرض لهن الثلثان وعالت المسألة الى عشرة فى قول الجميع الا فى قول ابن عباس ومن تابعه ممن لا يرى العول فانهم يردون النقص على الاخوات غير ولد الام ، فمقتضى قوله سقوط الاخوات من ولد الابوين كما لو كانوا اخوة وسنبين أن الصواب خلاف ذلك ان شاء الله تعالى .

(فصل) اذا قيل امرأة خلفت أما وابنى عم أحدهما زوج والاخر أخ من أم وثلاثة اخوة مفترقين فقل هذه المشركة للزوج النصف وللأم السدس وللأخوين من الام الثلث وسقط الاخوات من الابوين والاب ومن شرك جعل للاخ من الابوين التسع ولكل واحد من الاخوين من الام تسعا .

مسألة ، قال (واذا كان زوج وأم واخوة وأخوات لام وأخت لاب وأم وأخوات لاب فللزوج النصف وللام السدس وللاخوة والاخوات من الام الثلث بينهم بالتسوية وللاخت من الاب والام النصف وللاخوات من الاب السدس)

أما التسوية بين ولد الام فلا نعلم فيه خلافا الا رواية شذت عن ابن عباس أنه فضل الذكر على الانثى لقول الله تعالى (فهم شركاء فى الثلث) وقال فى آية أخرى (وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين)

ولنا قول الله تعالى (وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس) فسوى بين الذكر والانثى وقوله (فهم شركاء فى الثلث) من غير تفضيل لبعضهم على بعض يقتضى التسوية بينهم كما لو وصى لهم بشيء أو أقر لهم به ، وأما الاية الاخرى فالمراد بها ولد الابوين وولد الاب بدليل أنه جعل للواحدة النصف وللاثنتين الثلثين وجعل الاخ يرث أخته الكل ثم هذا مجمع عليه ولا عبرة بقول شاذ وتوريث ولد الام ههنا الثلث والام السدس والزوج النصف تسمية لا خلاف فيها أيضا وقد اجتمع فى هذه المسألة فروض يضيق المال عنها فإن النصف للزوج والنصف

للاخت من الأبوين يكمل المال بها ويزيد ثلث ولد الأم وسدس الأم وسدس الأخت من الأب فتعول المسألة بثلثيها ، وأصلها من ستة أسهم فتعول إلى عشرة وتسمى أم الفروخ لكثرة عولها . شبهوا أصلها بالأم وعولها بفروخها وليس فى الفرائض مسألة تعول بثلثيها سوى هذه وشبهها ولا بد فى أم الفروخ من زوج واثنين فصاعدا من ولد الأم وأم أو جدة واثنين من ولد الأبوين أو الأب أو إحداهما من ولد الأبوين والأخرى من ولد الأب ، فمتى اجتمع فيها هذا عالت إلى عشرة ، ومعنى العول أن تزدحم فروض لا يتسع المال لها كهذه المسألة فيدخل النقص عليهم كلهم ، ويقسم المال بينهم على قدر فروضهم كما يقسم مال المفلس بين غرمائه بالحصص لضيق ماله عن وفائهم ومال الميت بين أرباب الديون اذا لم يفها والثلث بين أرباب الوصايا إذا عجز عنها . وهذا قول عامة الصحابة ومن تبعهم من العلماء رضي الله عنهم . يروى ذلك عن عمر وعلي والعباس وابن مسعود وزيد ، وبه قال مالك فى أهل المدينة والثورى وأهل العراق والشافعى وأصحابه وإسحاق ونعيم بن حماد وأبو ثور وسائر أهل العلم إلا ابن عباس وطائفة شذت يقل عددها ، نقل ذلك عن محمد بن الحنفية ومحمد بن علي بن الحسين وعطاء وداود فإنهم قالوا لا تعول المسائل .

روى عن ابن عباس أنه قال فى زوج وأخت وأم : من شاء باهلته أن المسائل لا تعول ، إن الذى أحصى رمل عالج عددا أعدل من أن يجعل فى مال نصفاً ونصفا وثلثا ، هذان نصفان ذهبا بالمال فأين موضع الثلث فسميت هذه المسألة مسألة المباهلة لذلك وهى أول مسألة عائلة حدثت فى زمن عمر رضى الله عنه فجمع الصحابة للمشورة فيها فقال العباس أرى أن تقسم المال بينهم على قدر سهامهم فأخذ به عمر رضى الله عنه واتبعه الناس على ذلك حتى خالفهم ابن عباس ، فروى الزهرى عن عبد الله بن عبد الله بن عتبة قال : لقيت زفر بن أوس البصرى فقال نمضى إلى عبد الله بن عباس نتحدث عنده فأتيناه فتحدثنا عنده فكان من حديثه أنه قال سبحان الذى أحصى رمل عالج عددا ثم يجعل فى مال نصفا ونصفا وثلثا ، ذهب النصفان بالمال فأين موضع الثلث ؟ وأيم الله لو قدموا من قدم الله وأخروا من

أخر الله ما عالت فريضة أبدا فقال زفر فمن الذى قدمه الله ومن الذى أخره الله ؟ فقال الذى أهبطه من فرض إلى فرض فذلك الذى قدمه ، والذى أهبطه من فرض الى ما بقى فذلك الذى أخره الله فقال زفر فمن أول من أعال الفرائض ؟ قال عمر ابن الخطاب فقلت ألا أشرت عليه ؟ فقال هبته وكان امرأ مهيبا .

قوله من أهبطه من فريضة الى فريضة فذلك الذى قدمه الله . يريد أن الزوجين والأم لكل واحد منهم فرض ثم يحجب إلى فرض آخر لا ينقص منه ، وأما من أهبطه من فرض إلى ما بقى يريد البنات والأخوات فإنهن يفرض لهن فإذا كان معهن اخوتهن ورثوا بالتعصيب فكان لهم ما بقى قل أو كثر فكان مذهبه أن الفروض إذا ازدحمت رد النقص على البنات والأخوات .

ولنا أن كل واحد من هؤلاء لو انفرد أخذ فرضه فإذا ازدحموا وجب أن يقتسموا على قدر الحقوق كأصحاب الديون والوصايا . ولأن الله تعالى فرض للاخت النصف كما فرض للزوج النصف وفرض للاختين الثلثين كما فرض الثلث للاختين من الأم فلا يجوز إسقاط فرض بعضهم مع نص الله تعالى عليه بالرأى والتحكم ولم يمكن الوفاء بها فوجب أن يتساووا فى النقص على قدر الحقوق كالوصايا والديون وقد يلزم ابن عباس على قوله مسألة فيها زوج وأم وأخوان من أم فإن حجب الأم الى السدس خالف مذهبه فى حجب الأم بأقل من ثلاثة من الأخوة ، وان نقص الأخوين من الام رد النقص على من لم يهبطه الله من فرض إلى ما بقى ، وإن أعال المسألة رجع إلى قول الجماعة وترك مذهبه ولا نعلم اليوم قائلا بمذهب ابن عباس ولا نعلم خلافا بين فقهاء الأمصار فى القول بالعول بحمد الله ومنه .

(فصل) حصل خلاف ابن عباس للصحابة فى خمس مسائل اشتهر قوله فيها أحدها : زوج وأبوان ، والثانية : امرأة وأبوان . للام ثلث الباقى عندهم وجعل هو لها ثلث المال فيها . والثالثة أنه لا يحجب الأم الا بثلاثة من الاخوة . الرابعة : لم يجعل الاخوات مع البنات عصبة ، الخامسة : أنه لا يعيل المسائل ، فهذه الخمس صحت الرواية عنه فيها : واشتهر عنه القول بها ، وشذت روايات سوى هذه ذكرنا بعضها فيما مضى .

«مسألة» قال (وإذا كانا ابنا عم أحـــدهما أخ لأم فللأخ للأم السدس وما بقى بينهما نصفين)

هذا قول جمهور الفقهاء يروى عن عمر رضى الله عنه ما يدل على ذلك ويروى ذلك عن على رضى الله عنه وزيد وابن عباس، وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعى ومن تبعهم، وقال ابن مسعود: المال للذى هو أخ من أم، وبه قال شريح والحسن وابن سيرين وعطاء والنخعى وأبو ثور لأنهما استويا فى قرابة الأب وفضله هذا بأم فصار كأخوين أو عمين أحدهما لأبوين والآخر لأب ولأنه لو كان ابن عم أخوين وابن عم لأب كان ابن العم الابوين أولى فإذا كان قربه لكونه من ولد الجدة قدمه فكونه من ولد الأم أولى.

ولنا أن الاخوة من الأم يفرض له بها إذا لم يرث بالتعصيب وهو إذا كان معه أخ من أبوين أو من أب أو عم وما يفرض له به لا يرجح به كما لو كان أحدهما زوجا، ويفارق الأخ من الأبوين والعم وابن العم إذا كانا من أبوين فإنه لا يفرض له بقرابة أمه شيء فرجح به ولا يجتمع فى إحدى القرابتين ترجيح وفرض

فصل

فإن كان معهما أخ لأب فللأخ من الأم السدس والباقى للأخ من الأب فإن كان معهما أب من أبوين فكذلك وان كان ابن عم لأبوين وابن عم هو أخ لأم فعلى قول الجمهور للأخ السدس والباقى للآخر، وعلى قول ابن مسعود المال كله لابن العم الذى هو أخ لأم.

(فصل) فإن كان ابنا عم أحدهما أخ من أم وبنت او بنت ابن فللبنت أو بنت الابن النصف والباقى بينهما نصفين وسقطت الأخوة من الأم بالبنت ولو كان الذى ليس بأخ ابن عم من أبوين أخذ الباقى كله كذلك، وعلى قول ابن مسعود الباقى للأخ فى المسألتين بدليل أن الاخ من الأبوين يتقدم على الاخ من الاب بقرابة الام فإن كان فى الفريضة بنت تحجب قرابة الام.

وحكى عن سعيد بن جبير أن الباقى لابن العم الذى ليس بأخ، وان كان من أب لأنه يرث بالقرابتين ميراثا واحداً فإذا كان فى الفريضة من يحجب إحداهما

سقط ميراثه كما لو استغرقت الفروض المـــال سقط الاخ من الأبوين ولم يرث بقرابة الام بدليل مسألة المشركة .

وانما على ابن مسعود ان البنت تسقط الميراث بقرابة الأم فبقى التعصيب منفرداً فيرث به وفارق ولد الابوين فان قرابة الام ثم يرجح بها ولا يفرض لها فلا يؤثر فيها مايحجبها . وفى مسألتنا يفرض له بها فاذا كان فى الفريضة من يحجبها سقطت ولانه لو كان مع ابن العم الذى هو أخ أخ من أب وبنت لحجبت البنت قرابة الأم ولم ترث بها شيئا فكان للبنت النصف والباقى للاخ من الاب ولولا البنت لورث لكونه أخا من ام السدس فاذا حجبته البنت مع الأخ من الاب وجب ان تحجبه فى كل حال لأن الحجب بها لا بالأخ من الأب ، وما ذكره سعيد بن جبير ينتقض بالأخ من الأبوين مع البنت وبابن العم إذا كان زوجا ومعه من يحجب بن العم ولا نسلم انه يرث ميراثا واحد بل يرث بقرابته ميراثين كشخصين فصار كابن العم الذى هو زوج : وفارق الاخ من الابوين فانه لا يرث إلا ميراثاً واحدا فان قرابة الام لا ترث بها مفردة .

فصـــل

لحصل خلاف ابن مسعود فى مسائل ست هذه إحداهن . والثانية فى بنت وبنات ابن وابن ابن الباقى عنده للابن دون اخواته . الثالثة : فى اخوات الابوين واخوات لاب الباقى عنده للأخ دون اخواته . والرابعة : بنت وابن ابن وبنات ابن عنده لبنات الابن الاضر بهن من السدس او المقاسمة . الخامسة : اخت لابوين واخ واخوات لاب الاخوات عنده الاضر بهن من ذلك . السادسة : كان يحجب الزوجين والام بالكفار والعبيد والقاتلين ولا يورثهم .

(فصل) ابن ابن عم هو اخ لام وابن ابن عم آخر للاخ السدس والباقى بينهما وعند ابن مسعود الكل للأخ وسقط الآخر ، وان كان احدهما ابن اخ لأم فلا شيء له بقرابة الاخوة لان ابن الاخ للام من ذوى الارحام ، وان كان عمان (احدهما) خال لام لم يرجح بخئولته وقيل على قياس قول ابن مسعود وجهان :

احدهما : لا يرجح بها .

والثانى : يرجح بها على العم الذى هو من اب فيأخذ المال لانه ابن الجد والجدة

والآخر ابن الجد لا غير . وان كان العم الآخر من أبوين فالمال بينهما لأن كل واحد منهما يدلى بجدة وهما ابنا الجد ، وهكذا القول فى ابنى عم أحدهما خال أو ابنى ابنى عم أحدهما خال . فأما على قول عامة الصحابة فلا أثر لهذا عندهم .

(فصل) ابنا عم أحدهما زوج فللزوج النصف والباقى بينهما نصفين عند الجميع فان كان الآخر أخا من أم فللزوج النصف وللاخ السدس والباقى بينهما . أصلها من ستة للزوج أربعة وللام اثنان . وترجع بالاختصار الى ثلاثة .

وعند ابن مسعود الباقى للاخ فتكون من اثنين لكل واحد منهما سهم

ثلاثة بنى عم أحدهم زوج والاخر أخ من أم فللزوج النصف وللاخ السدس والباقى بينهما على ثلاثة أصلها من ستة يضرب فيها الثلاثة تكن ثمانية عشر للزوج النصف تسعة وللاخ ثلاثة يبقى ستة بينهم على ثلاثة فيحصل للزوج أحد عشر وهى النصف والتسع وللاخ خمسة وهى السدس والتسع . وللثالث التسع سهمان فان كان الزوج ابن عم لابوين فالباقى كله له وان كان هو والثالث من أبوين فالثلث الباقى بينهما وتصح من ستة للزوج الثلثان ولكل واحد من الآخرين سدس ، وابن مسعود فى جميع ذلك يجعل الباقى بعد فرض الزوج للذى هو أخ من أم .

(فصـــل)

أخوان من أم أحدهما ابن عم فالثلث بينهما والباقى لابن العم وتصح من ستة لابن العم خمسة وللآخر سهم ولا خلاف فى هذه المسألة فان كانوا ثلاثة اخوة أحدهم ابن عم فالثلث بينهم على ثلاثة والباقى لابن العم وتصح من تسعة . وان كان اثنان منهم ابنى عم فالباقى بعد الثلث بينهما وتصح من تسعة .

(فصل) ثلاثة إخوة لام أحدهم ابن عم وثلاثة بنى عم أحدهم أخ لام فاضمم واحداً من كل عدد الى العدد الاخر يصير معك أربعة بنى عم وأربعة اخوة فهم ستة فى العدد وفى الاحوال ثمانية ثم اجعل الثلث للاخوة على أربعة والثلثين على بنى العم على أربعة فتصح من اثنى عشر لكل أخ مفرد سهم ولكل ابن عم مفرد سهمان ولكل ابن عم هو أخ ثلاثة فيحصل لهما النصف وللاربعة الباقين النصف وعلى قول عبد الله للاخوة الثلث والباقى لابنى العم الذين هما أخوات والله أعلم

باب أصول سهام الفرائض التى تعول

معنى أصول المسائل المخارج التى تخرج منها فروضها وأصول المسائل كلها سبعة لأن الفروض المحدودة فى كتاب الله تعالى ستة : النصف والربع والثمن والثلثان والثلث والسدس ، ومخارج هذه الفروض مفردة خمسة لأن الثلث والثلثين مخرجهما واحد والنصف من اثنين والثلث والثلثان من ثلاثة والربع من أربعة والسدس من ستة والثمن من ثمانية والربع مع السدس أو الثلث أو الثلثين من اثنى عشر والثمن مع السدس أو الثلثين من أربعة وعشرين فصارت سبعة وهذه الفروض نوعان .

أحدهما : النصف ونصفه ونصف نصفه .

والثانى : الثلثان ونصفهما ونصف نصفهما ، وكل مسألة فيها فرض مفرد فأصلها من مخرجه ، وان كان فيها فرضان يؤخذ أحدهما من مخرج الآخر فأصلها من مخرج أقلهما ، وان كان فيها فرضان من نوعين لا يؤخذ أحدهما من مخرج الآخر فاضرب أحد المخرجين فى الآخر أو وفقه فما بلغ فهو أصل المسألة وفيها يكون العول لان العول إنما يكون فى مسألة تزدحم فيها الفروض ولا يتسع المال لها فكل مسألة فيها نصف وفرض من النوع الاخر فأصلها من ستة لأن مخرج النصف اثنان ومخرج الثلث والثلثين ثلاثة فتضرب اثنين فى ثلاثة تكن ستة وهكذا سائرها .

والمسائل على ثلاثة أضرب : عادلة وعائلة ورد ، فالعادلة : التى يستوى مالها وفروضها ، والعائلة : التى تزيد فروضها عن مالها ، والرد : التى يفضل مالها عن فروضها ولا عصبة فيها وسنذكر أمثلة هذه الاضرب فى هذا الباب بعون الله .

« مسأله » قال (وما فيه نصف وسدس أو نصف وثلث أو نصف وثلثان فأصلها من ستة وتعول الى سبعة والى ثمانية والى تسعة والى عشرة ولا تعول أكثر من ذلك)

أما إذا كان نصف وسدس فإن مخرج النصف اثنان ويوجد ذلك فى مخرج

السدس وهو الستة فكان أصلهما جميعاً ستة وهكذا لو كان سدس وثلث أو ثلثان فأصلهما من مخرج السدس لا يزيد عليه . وان اجتمع النصف والثلثان أو الثلث فإن مخرج النصف اثنان ومخرج الثلث والثلثين ثلاثة ولا وفق بينهما فاضرب أحد المخرجين فى الاخر تكن ستة ويصير كل كسر بعدد مخرج الاخر ويدخل العول هذا الأصل لازدحام الفروض فيه وهو أكثرها عولا والعول زيادة فى السهام ونقصان فى أنصباء الورثة .

وأمثلة ذلك : زوج وأم وأخ من أم أصلها من ستة . ومنها تصح زوج وأم وأخوان من أم . بنت وأم وعم أو عصبة ثلاث أخوات متفرقات وأخ من أم او أم او جدة . أبوان وبنتان بنت وأبوان . بنت وبنت ابن وأبوان أو جد وجدة ، العول زوج وأختان من ابوين او من اب او احداهما من ابوين والأخرى من اب او ام او اخت من اب واخت من ام اصلها من ستة وتعول الى سبعة زوج واخت وجدة او اخ لام . ست اخوات متفرقات وام اخت لاب وام واخت لاب وام واخوان لام . عول ثمانية زوج واخت وام للزوج النصف وللاخت النصف وللام الثلث سهمان تعول الى ثمانية وهى مسألة المباهلة فإن كان معهم اخت اخرى من اى جهة كانت او اخ من ام فهى من ثمانية ايضاً (عول تسعة) زوج وست اخوات مفترقات تعول الى تسعة وتسمى الغراء : زوج وام وثلاث اخوات مفترقات تعول إلى عشرة وتسمى ام الفروخ لكثرة عولها لانها عالت بثلثيها فشبهوا الاصل بالام والعول بالفروخ .

ويروى ان رجلا جاء الى شريح فقال : ان إمراتى ماتت ولم تترك ولداً فكم لى من ميراثها؟ قال لك النصف فمن خلفت؟ قال خلفت امها واختيها من ابيها واختيها من امها وابا قال لك ثلاثة اسهم من عشرة فخرج الرجل فقال ألا تعجبون من قاضيكم قال لى النصف فوالله ما اعطانى نصفا ولا ثلثا ، فقال له شريح الا انك ترانى قاضيا ظالما وانا اراك رجلا فاجراً تكتم القصة وتذيع الفاحشة .

ومتى عالت المسأله إلى تسعة او إلى عشرة لم يكن الميت امراة لانها لابد فيها من زوج ولا يمكن ان تعول المسأله إلى اكثر من هذا ولا يمكن ان يجتمع فروض اكثر من هذا .

وطريق العمل فى العول أن تأخذ الفروض من أصل المسألة وتضم بعضها إلى بعض فما بلغت السهام فإليه ينتهى فنقول فى زوج وأم وست أخوات مفترقات للزوج النصف ثلاثة وللأم السدس سهم وللأختين الثلثان أربعة وللأختين من الام الثلث سهمان صارت عشرة .

« مسألة » قال (وما فيه ربع وسدس أو ربع وثلث أو ربع وثلثان فأصلها من اثنى عشر : وتعول إلى ثلاثة عشر وإلى خمسة عشر وإلى سبعة عشر ولا تعول إلى أكثر من ذلك)

إنما كان أصلها من اثنى عشر لان مخرج الربع أربعة ومخرج الثلث ثلاثه ولا وفق بينهما فإذا ضربت أحدهما فى الآخر كان اثنى عشر فان كان مع الربع سدس فبين الستة والاربعة موافقة ، وإذا ضربت وفق أحدهما فى الاخر صار اثنى عشر ، ولا بد فى هذا الاصل من أحد الزوجين لانه لا بد فيها من ربع ولا يكون فرضا لغيرهما . وأمثلة ذلك : زوج أبوان وخمسة بنين للزوج الربع ثلاثة وللابوين السدسان يبقى خمسة لكل ابن سهم : زوج وابنتان وأخت وعصبة : امرأة وأختان للابوين أو لاب أو أختان لام وعصبة : امرأة وأخوان لام وسبعة اخوة لاب ، العول زوج وابنتان وأم تعول إلى ثلاثة عشر امرأة وثلاث اخوات مفترقات : زوج وأبوان وابنتان تعول إلى خمسة عشر : امرأة وأختان من أب وأختان من أم : امرأة وأم وست أخوات مفترقات تعول إلى سبعة عشر : ثلاث نسوة وجدتان وأربع أخوات لام وثمان لاب تعول إلى سبعة عشر ويصح لكل واحدة منهن سهم وتسمى أم الارامل ويعايا بها فيقال سبع عشرة امرأة من جهات مختلفة اقتسمن مال ميت بالسوية لكل امرأة سهم وهى هذه . ولا يعول هذا الاصل إلى أكثر من هذا ، ولا يمكن أن يكمل هذا الاصل بفروض من غير عصبة ولا عول ، ولا يمكن أن تعول إلا على الافراد لان فيها فرضا يباين سائر فروضها وهو الربع فانه ثلاثة وهى فرد وسائر فروضها يكون زوجا ، فالسدس اثنان والثلث أربعة والثلثان ثمانية والنصف ستة ، ومتى عالت إلى سبعة عشر لم يكن الميت فيها إلا رجلا .

• مسألة • قال (وما كان فيه ثمن وسدس أو ثمن وسدسان أو ثمن وثلثان فأصلها من أربعة وعشرين وتعول الى سبعة وعشرين ولا تعول الى أكثر من ذلك)

انما كان كذلك لانك تضرب مخرج الثمن فى مخرج الثلثين أو فى وفق مخرج السدس فيكون أربعة وعشرين ولم نقل ثمن وثلث لان الثلث لا يجتمع مع الثمن فانه لا يكون الا للزوجة مع الولد . ولا يكون الثلث فى مسألة فيها ولد لانه لا يكون الا لولد الام والولد يسقطهم أو الام بشرط عدم الولد ومسائل ذلك : امرأة وأبوان وابن أو ابنان أو بنون وبنات ، امرأة وابنتان وأم وعصبة . ثلاث نسوة وأربع جدات وستة عشر بنتا وأخت ، امرأة وبنت ابن وجدة وعصبة . العول امرأة وأبوان وابنتان تعول الى سبعة وعشرين وتسمى البخيلة لانها أقل الاصول عولا لم تعل الا بثمنها وتسمى المنبرية ، لان عليا رضى الله عنه سئل عنها على المنبر فقال ، صار ثمنها تسعا ومضى فى خطبته ، يعنى أن المرأة كان لها الثمن ثلاثة من أربعة وعشرين صار لها بالعول ثلاثة من سبعة وعشرين وهى التسع ولا يكون الميت فى هذا الاصل الا رجلا لان فيها ثمنا ولا يكون الا للمرأة مع الولد ولا يمكن أن يعول هذا الاصل الى أكثر من هذا الا على قول ابن مسعود فانه يحجب الزوجين والام بالولد والكافر والقاتل والرقيق ولا يورثه ، فعلى قوله اذا كانت امرأة وأم وست أخوات مفترقات وولد كافر فللأخوات الثلث والثلثان أربعة وعشرون وللأم والمرأة السدس والثمن سبعة فتعول الى أحد وثلاثين .

﴿ فصول فى تصحيح المسائل ﴾

واذا لم تنقسم سهام فريق من الورثة عليهم قسمة صحيحة فاضرب عددهم فى أصل المسألة وعولها ان كانت عائلة الا أن يوافق عددهم سهامهم بنصف أو ثلث أو غير ذلك من الاجزاء فيجزئك ضرب وفق عددهم فى أصل المسألة وعولها ان كانت عائلة فما بلغ فمنه تصح ، فاذا أردت القسمة فكل من له شىء من أصل المسألة مضروب فى العدد الذى ضربته فى المسألة وهو الذى يسمى جزء السهم فما بلغ فهو له ان كان واحدا ، وان كانوا جماعة قسمته عليهم ، وان شئت قلت

اذا كان الكسر على فريق واحد فلواحدهم بعد التصحيح مثل ما كان لجماعتهم قبل التصحيح أو وفقه ان كان وافق : مثال ذلك زوج وأم وثلاثة اخوة أصلها من ستة للزوج النصف ثلاثة وللام السدس سهم بق للاخوة سهمان لا تنقسم عليهم ولا توافقهم فاضرب عددهم وهو ثلاثة فى أصل المسألة تكن ثمانية عشر سهما : للزوج ثلاثة فى ثلاثة تسعه وللام سهم فى ثلاثة ثلاثة وللاخوة سهمان فى ثلاثة تكن ستة لكل واحدمنهم سهمان ، ولو كان الاخوة ستة وافقتهم سهامهم بالنصف فردهم الى نصفهم ثلاثة وتعمل فيها كعملك فى الاولى سواء ولكل واحد من الاخوة سهم وهو وفق سهام جماعتهم .

(فصل) وان كان الكسر على فريقين لم تخل من أربعة أقسام .

أحدها : أن يكون العددان متماثلين فيجزئك ضرب أحدهما فى المسألة ، ومثال ذلك : زوج وثلاث جدات وثلاثة اخوة أصلها من ستة للزوج ثلاثة وللجدات سهم وللاخوة سهمان فتضرب أحد العددين فى المسألة تكن ثمانية عشر ، وطريق القسمه فيها مثل طريقها اذا كان الكسر على فريق واحد سواء ولو كان الاخوة ستة وافقوا سهمهم بالنصف رجعوا الى ثلاثة وكان العمل فيها كما ذكرنا سواء .

القسم الثانى : أن يكون العددان متناسبين وهو أن يكون أحدهما ينتسب الى الاخر بجزء من أجزائه كنصفه وثلثه أو غير ذلك من الاجزاء فيجزئك ضرب العدد الاكثر منهما فى المسألة ، ومثاله ما لو كان الجدات فى هذه المسألة ستا فان عدد الاخوات نصف عدد الجدات فاجتزىء بعددهن واضربه فى أصل المسألة تكن ستة وثلاثين ومنها تصح . ولو كان عدد الاخوة ستة وافقتهم سهامهم بالنصف ورجعوا الى ثلاثة وعملت على ما ذكرنا .

القسم الثالث : أن يكون العددان متباينين لا يماثل أحدهما الاخر ولا يناسبه ولا يوافقه مثل أن يكون عدد الجدات أربعاً والاخوة ثلاثاً فانك تضرب عدد أحدهما فى جميع الاجزاء فما بلغ ضربته فى المسألة ومتى ضربته ههنا كان اثنى عشر فاذا ضربته فى المسألة كانت اثنين وسبعين ، وان وافق أحد العددين سهامه دون

الآخر أخذت وفق الموافق وضربته فيما لم يوافق وعملت على ما ذكرنا ، وإن وافقا جميعاً سهامهما رددتهما إلى وفقهما وعملت في الوفقين عملك في العددين الأصليين .

القسم الرابع : أن يكون العددان متفقين بنصف أو ثلث أو ربع أو غير ذلك من الأجزاء فإنك ترد أحد العددين إلى وفقه ثم تضربه في جميع الاخر فما بلغ ضربته في المسألة ، ومثاله أن تكون الإخوة تسعة والجدات ستاً فيتفقان بالثلث فترد الجدات إلى ثلثهن اثنين وتضربها في عدد الإخوة تكن ثمانية عشر ثم تضرب ذلك في أصل المسألة تكن مائة وثمانية ومنها تصح .

(فصـــل)

وإن كان الكسر على ثلاثة أحياز نظرت فإن كانت متماثلة كثلاث جدات وثلاث بنات وثلاثة أعمام ضربت أحدها في المسألة فما بلغ فمنه تصح المسألة ، ولكل واحد منهم بعد التصحيح مثل ما كان لجماعتهم ، وإن كانت متناسبة كجدتين وخمس بنات وعشرة أعمام اجتزأت بأكثرها وهي العشرة فضربتها في المسألة تكن ستين ومنها تصح : وإن كانت متباينة مثل أن يكون الأعمام في هذه المسألة ثلاثة ضربت بعضها في بعض تكن ثلاثين ثم ضربتها في المسألة تكن مائة وثمانين ، وإن كانت متوافقة كست جدات وتسع بنات وخمسة عشر عما ضربت وفق عدد منها في جميع الاخر فما بلغ وافقت بينه وبين الثالث وضربت وفقه في جميع الثالث ثم اضرب ما معك في أصل المسألة فما بلغ فمنه تصح ، وان تماثل اثنان منها وباينها الثالث أو وافقهما ضربت أحد المتماثلين في جميع الثالث أو في وفقه ، وإن كان موافقا فما بلغ ضربته في المسألة ، وان تناسب اثنان وباينهما الثالث ضربت أكثرهما في جميع الثالث أو في وفقه إن كان موافقا ثم في المسألة ، وان توافق اثنان وباينهما الثالث ضربت وفق أحدهما في جميع الاخر ثم في الثالث . وإن تباين اثنان ووافقهما الثالث كأربعة أعمام وست جدات وتسع بنات أجزأك ضرب أحد المتباينين في الاخر ثم تضربه في المسألة ويسمى هذا الموقوف المقيد لأنك إذا أردت وقف أحدهما لم يقف إلا الستة ولو وقفت غيرها مثل أن تقف التسعة وترد الستة الى الاثنين أدخلا في الأربعة وأجزأك ضرب الأربعة في التسعة ، ولو وقفت الاربعة رددت الستة الى ثلاثة

ودخلت فى التسعة وأجزأك ضرب الاربعة فى التسعة . فأما ان كانت الاعداد الثلاثة متوافقة فإنه يسمى الموقوف المطلق وفى عملها طريقان .

أحدهما : ما ذكرناه من قبل وهو طريق الكوفيين .

والثانى : طريق البصريين وهو أن تقف أحد الثلاثة وتوافق بينه وبين الاخرين وتردهما الى وفقهما ثم تنظر فى الوفقين فإن كانا متماثلين ضربت أحدهما فى الموقوف . وان كانا متناسبين ضربت أكثرهما . وان كانا متباينين ضربت أحدهما فى الاخر ثم فى الموقوف . وان كانا متوافقين ضربت وفق أحدهما فى جميع الاخر ثم فى الموقوف فما بلغ ضربته فى المسأله . ومثال ذلك عشر جدات واثنا عشر عماً وخمس عشرة بنتا فقف العشرة توافقها الاثنا عشر بالنصف فترجع الى ستة وتوافقها الخمس عشرة بالاخماس فترجع الى ثلاثة وهى داخلة فى الستة فتضرب الستة فى العشرة تكن ستين ثم فى المسأله تكن ثلثمائة وستين . وإن وقفت الاثنا عشر رجعت العشرة الى نصفها خمسة والخمس عشرة الى ثلثها خمسة وهما متماثلان فتضرب خمسة فى اثنى عشر تكن ستين . وان وقفت الخمس عشرة رجعت العشرة الى اثنين والاثنا عشر الى أربعه ، ودخل الاثنان فى الاربعه فتضربها فى الخمس عشرة تكن ستين ثم فى المسأله .

فصل . فى معرفة الموافقه والمناسبه والمباينه ؛ الطريق فى ذلك أن تلقى أقل العددين من أكثرهما مرة بعد أخرى فإن فنى به فالعددان متناسبان وان لم يفن به ولكن بقيت منه بقية ألقيتها من العدد الاقل فإن بقيت منه بقية ألقيتها من البقية الاولى ولا تزال كذلك تلقى كل بقية من التى قبلها حتى يصل الى عدد يفنى الملقى منه غير الواحد فأى بقية فنى بها غير الواحد فالموافقه بين العددين بجزء وتلك البقيه ان كانت اثنين فبالانصاف ، وان كانت ثلاثة فبالاثلاث فان كانت أربعه فبالارباع فان كانت أحد عشر أو اثنى عشر أو ثلاثة عشر فبجزء ذلك . وان بقى واحد فالعددان متباينان . ومما يدلك على تناسب العددين : أنك متى زدت على الاقل مثله أبدا ساوى الاكثر ومتى قسمت الاكثر على الاقل انقسم قسمة صحيحه ومتى نسبت الاقل الى الاكثر انتسب اليه بجزء واحد ولا يكون ذلك الا فى النصف فما دونه .

(فصل فى مسائل المناسخات) ومعناها أن يموت من ورثة الميت إنسان قبل قسم تركة الأول . فإذا وجد ذلك نظرت ، فإن كان ورثة الأول يرثون الثانى على حسب ميراثهم من الأول ، مثل أن يكونوا عصبة لهما جميعاً . وقد يتفق ذلك فى أصحاب الفروض فى مسائل يسيرة ، كرجل مات عن امرأة وثلاثة بنين وبنت ، ثم مات أحد البنين قبل قسمة التركة . فإن للمرأة من الأول سهماً مثل سهم البنت وكنصف سهم ابن وكذلك لها من الثانية . فاذا كان كذلك فاقسم المسألة على ورثة الثانى ولا تنظر الى الاول .

فلو خلف رجل خمسة بنين وخمس بنات فمات منهم ابن ثم بنت ثم ابن ثم بنت ثم ابن ثم بنت . قسمت الميراث على الابنين الباقيين والبنتين للذكر مثل حظ الانثيين ولم ينظر فى بقية المسائل . فان كان معهم من يرث من الاولى دون ما بقى كما لو كان مع هؤلاء امرأة للميت ليست أما لهم فانك تفرز لها الثمن وتقسم الباقى على ما ذكرنا . وان كانت أما لهم الا أنها ماتت قبلهم أو بعد بعضهم ولم تخلف وارثا غيرهم قسمت الميراث كله على الباقين للذكر مثل حظ الانثيين : ولم ينظر فى ميراثها لانه قد صار اليهم . فان لم يكونوا كذلك فانك تقسم مسألة الاول ثم تنظر ما صار للميت الثانى فيها . فان انقسم على مسألته فقد صحت المسألتان مما صحت منه الأولى .

ومثال ذلك امرأة وبنت من غيرها وأخ . ماتت البنت وخلفت زوجا وبنتا وعما . فالمسألة الاولى من ثمانية : للمرأة سهم وللبنت أربعة ويبقى للاخ ثلاثة ؛ ومسألة الميتة الثانية من أربعة : لزوجها سهم ولابنتها سهمان ويبقى سهم للاخ الاول . فصار له من المسألتين أربعة أسهم وصحت المسألتان من ثمانية ، وان لم تنقسم سهام الميت الثانى على مسألته وافقت بين سهامه ومسألته ، فان اتفقا رددت مسألته الى وفقها ثم ضربته فى المسألة الاولى فما بلغ فمنه تصح المسألتان ثم كل من له شىء من المسألة الاولى مضروب فى وفق المسأله الثانيه وكل من له شىء من المسألة الثانيه مضروب فى وفق سهام الميت الثانى ، مثال ذلك اذا خلفت البنت زوجا وابنتين فمسألتها من اثنى عشر توافقها سهامها بالربع فترجع الى ثلاثة تضرب

فى ثمانية تكن أربعة وعشرين للمرأة سهم من الأولى فى ثلاثة وللاخ ثلاثة فى ثلاثه بتسعة وله من الثانيــة سهم فى سهم تكن عشرة وللزوج ثلاثة فى سهم وللابنتين ثمانيه ، وان لم يوافق سهامه مسألته ضربت المسأله الثانية فى الاولى ثم كل من له شيء من المسألة الأولى مضروب فى الثانيه . ومن له شيء من الثانية مضروب فى سهام الميت الثانى . فان مات ثالث عملت مسألته ونظرت سهامه مما صحت منه المسألتان . فان انقسم على مسألته صحت مما صحت منه الأوليان ، وان لم تصح وافقت بين مسألته وسهامه وضربت وفق سهام مسألته إن وافقت أو جميعها إن لم توافق فيما صحت منه الأوليان وعملت على ما ذكرنا . وكذلك تصنع فى الرابع والخامس وما بعده

(فصــل)

وإن أردت قسمة المسألة على قراريط الدينار فانها فى عرف أهل بلدنا أربعة وعشرون قيراطا . فان كانت السهام كثيرة فلك فى قسمها طريقان :

أحدهما أن تنظر ما تركب منه العدد فانه لا بد أن يتركب من ضرب عدد فى عدد ، فانسب أحد العددين الى أربعة وعشرين ان كان أقل منها : وخذ من العدد الآخر مثل تلك النسبة فما كان فهو لكل قيراط . وان كان أكثر من أربعة وعشرين قسمه عليها فما خرج بالقسم فاضربه فى العدد الآخر فما بلغ فهو نصيبه . مثال ذلك ستمائة أردت قسمتها فانك تعلم أنها متركبة من ضرب عشرين فى ثلاثين فانسب العشرين الى أربعة وعشرين تكن نصفها وثلثها فخذ نصف الثلثين وثلثها خمسة وعشرون فهو سهم القيراط ، وان قسمت الثلثين على أربعة وعشرين خرج بالقسم سهم وربع فاضربها تكن خمسة وعشرين كما قلنا .

والثانى أن تنظر عدداً إذا ضربته فى الأربعة والعشرين ساوى المقسوم أو قاربه ، فاذا بقيت منه بقيه ضربتها فى عدد آخر حتى يبقى أقل من المقسوم عليه ثم تجمع العدد الذى ضربته اليه وتنسب تلك البقية من المقسوم عليه فتضمها الى العدد فيكون ذلك سهم القيراط . مثاله فى مسألتنا أن تضرب عشرين فى أربعة وعشرين تكن أربعمائة وثمانين ثم تضرب خمسة فى أربعة وعشرين تكن مائة

وعشرين وتضم الخمسة الى العشرين فيكون ذلك سهام القيراط ، فإذا عرفت سهام القيراط فانظر كل من له اسهم فاعطه بكل سهام من سهم القيراط قيراطا ، فإن بقى له من السهام مالا يبلغ قيراطا فانسبه إلى سهام القيراط وأعطه منه مثل تلك النسبة ، فإن كان فى سهام القيراط كسر بسطتها من جنس الكسر ، ثم كل من له سهام بعدد مبلغ السهام فله بعدد مخرج الكسر قراريط . وتضرب بقية سهامه فى مخرج الكسر وتنسبها منها . مثـــال ذلك زوج وأبوان وابنتان ماتت الام وخلفت أما وزوجا وأختا من أبوين وأختين من أب وأختين من أم . فالاولى من خمسة عشر . والثانية من عشرين فتضرب وفق إحداهما فى الأخرى تكن مائة وخمسين وسهم القيراط ستة وربع فابسطها أرباعا تكن خمسة وعشرين فهذه سهام القيراط : فللبنت من الاولى أربعه فى عشرة تكن أربعين فلها بخمسة وعشرين أربعة تبقى خمسة عشر اضربها فى مخرج الكسر تكن ستين واقسمها على خمسة وعشرين تكن اثنين وخمسين فصار لها ستة وخمسان وللاب من الأولى والثانيه ستة وعشرون فله بخمسة وعشرين أربعة قراريط وابسط السهم الباق أرباعا تكن أربعة أخماس خمس ولزوج الأولى ثلاثون فله بخمسة وعشرين منها أربعة قراريط وابسط الخمسة الباقيه تكن عشرين وهى أربعة أخماس قيراط وللأم الثانيه سهمان ابسطهما أرباعا تكن خمس قيراط وثلاثة أخماس خمس قيراط . وكذلك لكل أخت من أم ، وللأختين من الأب مثل ذلك ، وللاختين من الابوين ستة ابسطها أرباعا تكن أربعة أخماس قيراط وأربعة أخماس خمس .

(فصل فى قسمة التركات) ان أمكن أن تنسب سهام كل وارث من المسأله ثم تعطيه من التركة مثل تلك النسبه فحسن . ومثال ذلك : زوج وأبوان وابنتان والتركة أربعون دينارا فللزوج ثلاثة وهى خمس المسأله فله خمس التركة وهى ثمانية دنانير ولكل واحد من الابوين ثلثا خمس المسأله فله ثلثا الثمانيه ولكل واحد من البنين مثل ما للابوين كليهما ، وإن شئت ضربت سهام كل وارث فى التركة وقسمت ذلك على المسأله فما خرج فهو نصيبه ، وان شئت قسمت التركة على المسأله ثم ضربت الخارج بالقسم فى سهام كل وارث فما بلغ فهو له : واذا كانت

المسألة عدداً أصم عملت بإحدى هاتين الطريقتين . وان كان فى السهام كسر بسطتها من جنسه على ماذكرنا فى القسم على قراريط الدينار . ولك فى قسم التركة فى مسائل المناسخات أن تقسم التركة أو القراريط على المسألة الاولى فما حصل للبيت الثانى قسمته على مسألته ثم تفعل بالثالث والرابع وما بعدهما كذلك ، وإذا كان بين المسألة والتركة موافقه فخذ وفقيهما واعمل بهما ما ذكرنا .

(فصـــل)

وإذا كانت التركة سهاما من عقار فاضرب أصل سهام العقار فيما صحت منه المسئلة فما بلغ فهو سهام العقار . واضرب سهام كل وارث من أصل المسئلة فى السهام الموروثه من العقار واضرب سهام الشركاء فى أصل مسئلة الورثه . ومثال ذلك زوج وأم وأخت والتركة ربع وسدس دار ، المسئلة من ثمانيه وأصل سهام العقار اثنا عشر فاضربها فى الثمانيه تكن سته وتسعين ، فللزوج ثلاثه من مسئلة مضروبه فى السهام الموروثه وهى خمسه تكن خمسه عشر وللاخت كذلك فانسبها من الدار تكن ثمنها وربع ثمنها وللام سهمان فى خمسه تكن عشرة وهى نصف سدس الدار وثمن سدسها ، وان شئت قلت هى نصف ثمنها وثلث ثمنها ، وإن شئت بسطت الربع والسدس من قراريط الدينار وهى عشرة وقسمتها على المسئله فللام ربعها وهى قيراطان ونصف وللاخت ثلاثه أثمانها وهى ثلاثه قراريط وثلاثه أرباع قيراط وكذلك الزوج

« مسأله » قال (ويرد على كل أهل الفرائض على قدر ميراثهم الا الزوج والزوجه)

وجملة ذلك أن الميت إذا لم يخلف وارثاً الا ذوى فروض ولا يستوعب المال كالبنات والاخوات والجدات ، فان الفاضل عن ذوى الفروض يرد عليهم على قدر فروضهم الا الزوج والزوجه . روى ذلك عن عمر وعلى وابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهم . وحكى ذلك عن الحسن وابن سيرين وشريح وعطاء ومجاهد والثورى وأبى حنيفه وأصحابه . قال ابن سراقه وعليه العمل اليوم فى الامصار إلا أنه يروى عن ابن مسعود أنه كان لا يرد على بنت ابن مع بنت ولا على أخت من أب

مع أخت من أبوين ولا على جدة مع ذى سهم ، وروى ابن منصور عن أحمد أنه لا يرد على ولد الام مع الام ولا على الجد مع ذى سهم . والذى ذكر الخرقى أظهر فى المذهب وأصح وهو قول عامة أهل الرد لانهم تساووا فى السهام فيجب أن يتساووا فيما يتفرع عليها ولان الفريضه لو عالت لدخل النقص على الجميع فالرد ينبغى أن ينالهم أيضا . فأما الزوجان فلا يرد عليهما باتفاق من أهل العلم إلا أنه روى عن عثمان رضى الله عنه أنه رد على زوج ولعله كان عصبة أو ذا رحم فأعطاه لذلك أو أعطاه من مال بيت المال لا على سبيل الميراث ، وسبب ذلك ان شاء الله أن أهل الرد كلهم من ذوى الارحام فيدخلون فى عموم قول الله تعالى (وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله والزوجان خارجان من ذلك، وذهب زيد ابن ثابت الى أن الفاضل عن ذوى الفروض لبيت المال ولا يرد على أحد فوق فرضه وبه قال مالك والاوزاعى والشافعى رضى الله عنهم لان الله تعالى قال فى الاخت (فلها نصف ما ترك ومن رد عليها جعل لها الكل ولانها ذات فرض مسمى فلا يرد عليها كالزوج .

ولنا قول الله تعالى (وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله) وهؤلاء من ذوى الارحام وقد ترجحوا بالقرب الى الميت فيكونون أولى من بيت المال لانه لسائر المسلمين ، وذو الرحم أحق من الاجانب عملا بالنص وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم « من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا فإلى » وفى لفظ « من ترك دينا فإلى ومن ترك مالا فللوارث » متفق عليه وهذا عام فى جميع المال ، وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « تحرز المرأة ثلاثة مواريث : لقيطها وعتيقها والولد الذى لاعنت عليه » أخرجه ابن ماجه فجعل لها ميراث ولدها المنفى باللعان كله خرج من ذلك ميراث غيرها من ذوى الفروض بالاجماع بقى الباقى على مقتضى العموم ولانها من وراثه بالرحم فكانت أحق بالمال من بيت المال كعصباته فأما قوله تعالى (فلها نصف ما ترك) فلا ينفى أن يكون لها زيادة عليه بسبب آخر كقوله تعالى (ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد) لا ينفى أن يكون للأب السدس وما فضل عن البنت بجهة التعصيب .

وقوله (ولكم نصف ما ترك أزواجكم) لم ينف أن يكون للزوج ما فضل إذا كان ابن عم أو مولى ، وكذلك الأخ من الأم إذا كان ابن عم والبنت وغيرها من ذوى الفروض إذا كانت معتقة كذا ههنا تستحق النصف بالفرض والباقى بالرد وأما الزوجان فليسا من ذوى الأرحام .

« مسألة » قال (وإذا كانت أخت لأب وأم وأخت لأب وأخت لأم فللاخت للاب والأم النصف وللاخت للأب السدس وللأخت للأم السدس وما بقى يرد عليهن على قدر سهامهن)

فصار المال بينهن على خمسة أسهم للاخت للاب والأم ثلاثة أخماس المال وللأخت للأب الخمس وللأخت للأم الخمس : طريق العمل فى الرد أن تأخذ سهام أهل الرد من أصل مسألتهم وهى أبداً تخرج من ستة إذ ليس فى الفروض كلها مالا يؤخذ فى الستة إلا الربع والثمن وليس لغير الزوجين وليسا من أهل الرد ثم تجعل عدد سهامهم أصل مسألتهم كما صارت السهام فى المسألة العائلة هى المسألة التى تضرب فيها العدد الذى انكسرت عليه سهامه فكذا ههنا إذا انكسر على فريق منهم ضربته فى عدد سهامهم لأن ذلك صار أصل مسألتهم .

وينحصر فى ذلك أربعة أصول أولها أصل اثنين كجدة وأخ من أم لكل واحد منهما السدس أصلها اثنان ثم تقسم المال عليهما فيصير لكل واحد منهما نصف المال فإن كان الجدات ثلاثاً فلهن سهم لا ينقسم عليهن اضرب عددهن فى أصل المسألة وهو اثنان تصير ستة للاخ من الأم النصف ثلاثة ولكل واحد منهم سهم أصل ثلاثة أم وأخ من أم وأم وإخوان لأم فإن كانوا ثلاثة ضربت عددهم فى أصل مسألتهم وهو ثلاثة صارت تسعة ومنها تصح ثلاثة جدات وأربعة إخوة من أم للاخوة سهمان يوافقهم بالنصف يرجع عددهم إلى اثنين تضربها فى عدد الجدات ثم فى أصل المسألة صارت ثمانية عشر ومنها تصح .

أصل أربعة أخت لأبوين وأخت لاب أو أم أو أخ لام أو جدة . بنت وأم أو جدة بنت وبنت ابن ، فإن كان بنات الابن أربعاً ضربتهن فى أصل المسألة وهى أربعة صارت ستة عشر ومنها تصح ، أصل خمسة ثلاث أخوات مفترقات

للاخت من الاب والأم النصف وللاخت من الاب السدس وللاخت من الأم السدس ، وهذه مسألة الخرقي ، ام واخت لأبوين او لأب أم وأخت لأبوين وأخت لأب أو لأم ، ولا تزيد مسائل الرد ابداً على هذا لانها لو زادت سهما لكمل المال ولم يبق شيء منه يرد ، ثلاث جدات وبنت واربع بنات ابن اصلها من خمسة وتصح من ستين ، ومتى كان الرد على حيز واحد فله جميع المال بالفرض والرد كأنه عصبة فإن كان شخصا واحداً فالمال له ، وان كان جماعة قسمته عليهم على عددهم كالبنين والاخوة .

(فصـــل)

فإن كان معهم احد الزوجين اعطيته فرضه من اصل مسألته وقسمت الباقي على مسألة على فريضة اهل الرد فإن انقسم صحت المسألتان ولا يتفق هذا إلا ان يكون للزوج إمرأة لها الربع ، ومسألة أهل الرد من ثلاثة كإمرأة وام واخ لأم او ام واخوين لأم او جدة واخوين لأم فللمرأة الربع من اربعة يبقى ثلاثه على فريضة اهل الرد وهي ثلاثه فتصح عليها ، ويصح الجميع من اربعة فإن انكسر على عدد منه ضربته في اربعة كأربع زوجات وام واخ لام تصح من ستة عشر ، وإن لم ينقسم فأصل مسألة الزوج على فريضة اهل الرد لم يمكن ان يوافقها ايضا فاضرب فريضة الرد في فريضة الزوج فما بلغ فإليه تنتقل المسأله فاذا اردت القسمة فلأحد الزوجين فريضة الرد ولكل واحد من اهل الرد سهامه من مسألته مضروبه في فاضل فريضة الزوج فما بلغ فهو له ان كان واحداً وان كانوا جماعة قسمته عليهم فان لم ينقسم ضربته او وفقه فيما انتقلت اليه المسألة وتصح على ما مضى في باب التصحيح . وهذا ينحصر في اصول خمسة

احدها : زوج وجدة واخ لأم . للزوج النصف واصل مسألته من اثنين له سهم يبقى سهم على مسألة الرد وهي اثنان فتضرب اثنين في اثنين يكن اربعة ولا يقع الكسر في هذا الاصل إلا على فريق واحد وهو الجدات فاذا كان اكثر من جدة واحدة فاضرب عددهن في اربعة فما بلغ فمنه تصح .

.. الاصل الثاني : زوجه وجدة واخ لام مسألة الزوجة من اربعه ثم تنتقل إلى ثمانية ولا يكون الكسر الا على الجدات ايضا.

والأصل الثالث : زوج وبنت وبنت ابن مسألة الزوج من أربعه ثم تنتقل الى ستة عشر وكذلك زوجة وأخت لأبوين وأخت لأب أو أخت لأم أو جد أو جدة ومثلها زوجة وأخت لأب وأخت لأم أو جدة .

الأصل الرابع : زوجة وبنت وبنت ابن ابن أو أم أو جدة مسألة الزوجة من ثمانية ثم تنتقل الى اثنين وثلاثين .

الأصل الخامس : زوجة وبنتان وأم ، مسألة الزوجة من ثمانية ثم تنتقل الى أربعين وكذلك زوجة وبنت وبنت ابن وام او جدة ، اخت من ابوين واخت او اخوات من اب واخت من ام او ام او جدة ، اختان من ابوين او من اب وام او جدة واخ من ام وفى جميع ذلك إذا انكسرت سهام فريق منهم عليهم ضربته فيما انتقلت اليه المسألة .

ومثال ذلك أربع زوجات وإحدى وعشرون بنتا وأربع عشرة جدة مسأله الزوجات من ثمانية فتضرب فيها فريضة الرد وهي خمسة تكن أربعين : للزوجات فريضة أهل الرد خمسة على أربعة لا تصح ولا توافق ويبقى خمسة وثلاثون للجدات خمسها سبعة على أربعة عشر توافق بالأسباع فيرجعن الى اثنين ويبقى للبنات ثمانية وعشرون توافقهن بالأسباع فيرجعن الى ثلاث والاثنتان ثم تدخلان فى عدد الزوجات فتضرب ثلاثا فى أربع تكن اثنى عشر ثم فى أربعين تكن أربعمائة وثمانين ومتى كان مع أحد الزوجين واحد من أهل الرد أخذ الفاضل كله كأنه عصبة ولا تنتقل المسألة وان كان معهم فريق واحد من أهل الرد كالبنات أو الاخوات قسمت الفاضل عليهم كأنهم عصبة فإن انكسر عليهم ضربت عددهم فى مسألة الزوج .

باب الجدات

« مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله (وللجدة إذا لم تكن أم : السدس)

قال أبو بكر بن المنذر : أجمع أهل العلم على أن للجدة السدس إذا لم يكن للميت أم ، وحكى غيره رواية شاذة عن ابن عباس : أنها بمنزلة الأم ، لأنها تدلى بها فقامت مقامها كالجد يقوم مقام الأب .

ولنا ما روى قبيصة بن ذؤيب قال « جاءت الجدات إلى أبي بكر تطلب ميراثها فقال . مالك في كتاب الله عز وجل شيء ، وما أعلم لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا . ولكن ارجعي حتى أسأل الناس . فقال المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاها السدس : فقال : هل معك غيرك فشهد له محمد بن مسلمة ، فأمضاه لها أبو بكر ، فلما كان عمر جاءت الجدة الأخرى فقال : مالك في كتاب الله شيء . فما كان القضاء الذي قضي به إلا في غيرك ، وما أنا بزائد في الفرائض شيئا ، ولكن هو ذاك السدس . فإن اجتمعتما فهو لكما وأيتكما خلت به فهو لها » رواه مالك في موطئه وأبو داود والترمذي ، وقال : حديث حسن صحيح . وأما الجد فلا يقوم مقام الأب في جميع أحواله على ماذكرناه وأجمع أهل العلم على أن الأم تحجب الجدات من جميع الجهات .

وقد روى ابن بريدة عن أبيه « أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل للجدة السدس إذا لم يكن دونها أم » رواه أبو داود ، وهذا يدل على أنها لا ترث معها شيئا ، ولأن الجدة تدلي بالام فسقطت بها ، كسقوط الجد بالأب وابن الابن به ، فأما أم الاب فإنها أيضا إنما ترث ميراث أم ، لأنها أم . ولذلك ترث وابنها حي ، ولو كان ميراثها من جهته ما ورثت مع وجوده .

« مسألة » قال ﴿ وكذلك ان كثرن لم يزدن على السدس فرضا ﴾

أجمع أهل العلم على أن ميراث الجدات السدس وإن كثرن وذلك لما روينا من الخبر وأن عمر شرك بينهما ، وقد روى نحو ذلك عن أبي بكر رضي الله عنه فروى سعيد ثنا سفيان وهشيم عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد قال « جاءت الجدتان الى أبي بكر رضي الله عنه ، فأعطى أم الام الميراث دون أم الاب ، فقال له عبد الرحمن بن سهيل بن حارثة ، وكان شهد بدراً : يا خليفة رسول الله أعطيت التي ان ماتت لم يرثها ومنعت التي لو ماتت ورثها ؟ فجعل أبو بكر السدس بينهما » ولأنهن ذوات عدد لا يشركهن ذكر فاستوى كثيرهن وواحدتهن كالزوجات ، وقول الخرقي « لم يزدن على السدس فرضا » يريد به التحرز من زيادتهن بالرد ، فانهن يأخذن في الرد زيادة على السدس على ما قد مضى ذكره .

﴿ فصـــل ﴾

ولا خلاف بين أهل العلم في توريث جدتين أم الام وأم الاب ؛ وكذلك ان علتا وكانتا في القرب سواء كأم أم وأم أم اب الا ما حكى عن داود انه لا يورث ام ام الاب شيئا لانه لا يرثها فلا ترثه ولانها غير مذكورة في الخبر .

ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطى ثلاث جدات ، ومن ضرورته ان يكون فيهن ام ام الاب او من هي اعلى منها ، وما ذكره داود فهو قياس وهو لا يقول بالقياس ، ثم هو باطل بأم الام فانها ترثه ولا يرثها ، وقوله . ليست مذكورة في الخبر ، قلنا : وكذلك ام ام الام . واختلفوا في توريث مازاد عليهما فذهب ابو عبد الله الى توريث ثلاث جدات من غير زيادة عليهن .

وروى ذلك عن علي وزيد بن ثابت وابن مسعود رضي الله عنهم ، وروى نحوه عن مسروق والحسن وقتاده ، وبه قال الاوزاعي واسحاق . وروى عن سعد ابن ابي وقاص ما يدل على انه لا يورث اكثر من جدتين .

وحكى ذلك عن ابي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام وسليمان بن يسار وطلحة بن عبدالله بن عوف وربيعة وابن هرمز ومالك وابن ابي ذئب وابي ثور وداود وقاله الشافعي في القديم .

وحكى عن الزهري انه قال « لا نعلم ورث في الإسلام الا جدتين » وحكى عن سعد بن ابي وقاص « انه اوتر بركعة فعابه ابن مسعود فقال سعد : اتعيبني وانت تورث ثلاث جدات ؟ » .

وروى عن ابن عباس « انه ورث الجدات وان كثرن اذا كن في درجة واحدة الا من ادلت بأب غير وارث كأم اب الام » قال ابن سراقة ، وبهذا قال عامة الصحابة الا شاذاً ، واليه ذهب الحسن وابن سيرين والثوري وابو حنيفة واصحابه وهو رواية المزني عن الشافعي رضي الله عنه . وهو ظاهر كلام الخرقي فانه سمى ثلاث جدات متحاذيات ثم قال : وان كثرن فعلى ذلك ، واحتجوا بأن الزائدة جدة ادلت بوارث فوجب ان ترث كأحد الثلاث . ولنا ما روى سعيد عن ابن عيينه عن منصور عن ابراهيم « ان النبي (ص) ورث ثلاث جدات ثنتين من قبل الاب وواحدة من قبل الام » واخرجه أبو عبيد والدارقطني .

وروى سعيد أيضا عن إبراهيم أنه قال «كانوا يرثون من الجدات ثلاثا، ثنتين من قبل الاب وواحدة من قبل الأم» وهذا يدل على التحديد بثلاث وأنه لا يرث أكثر منهن: وإذا ثبت هذا فإن الوارثات هي أم الأم وان علت درجتها وأم الاب وأمهاتها وان علت درجتهن وأم الجد وأمهاتها ولا ترث أم أب الجد. ولا كل جدة أدلت بأكثر من ثلاثة آباء وهؤلاء الجدات المختلف فيهن، وأجمع أهل العلم على أن الجدة المدلية بأب غير وارث لا ترث وهي كل جدة أدلت بأب بين أمين كأم أبي الأم إلا ما حكى عن ابن عباس وجابر بن زيد ومجاهد وابن سيرين أنهم قالوا «ترث» وهو قول شاذ لا نعلم اليوم به قائلا وليس بصحيح فإنها تدلى بغير وارث فلم ترث كالأجانب.

وأمثلة ذلك: أم أم وأم أب السدس بينهما إجماعا. أم أم أم وأم أم أب وأم أبي أب وأم أبي أم: السدس للثلاث الاول إلا عند مالك وموافقيه فإنه للأولين وعند داود هو للأولى وحدها. ولا ترث الرابعة إلا في قول شاذ عن ابن عباس وموافقيه ام ام ام ام وام ام ام اب وام ام ابي اب، وام ابي ابي اب وام ام ابي ام وام ابي ام ام وام ابي ابي ام وام ابي ام اب السدس، للأولى عند داود وللأولين عند مالك وموافقيه، وللثلاث الأول عند احمد وموافقيه، وللأربع الأول عند ابي حنيفه وموافقيه، وتسقط الاربع الباقيات الا في الرواية الشاذة، وفي الجملة لا يرث من قبل الام إلا واحدة ولا من قبل الاب الا اثنتان وهما اللتان جاء ذكرهما في الخبر إلا عند ابي حنيفه وموافقيه، فإنه كلما علون درجة زاد في عددهن من قبل الاب واحدة

«مسألة» قال (وان كان بعضهن أقرب من بعض كان الميراث لأقربهن)

أما إذا كانت إحدى الجدتين أم الاخرى فأجمع أهل العلم على أن الميراث للقربى وتسقط البعدى بها، وإن كانتا من جهتين والقربى من جهة الام فالميراث لها وتحجب البعدى في قول عامتهم، إلا ما روى عن ابن مسعود ويحيى بن آدم وشريك ان الميراث بينهما. وعن ابن مسعود: إن كانتا من جهتين فهما سواء، وإن كانتا من جهة واحدة فهو للقربى، يعني به إن الجدتين من قبل الاب اذا كانت

إحداهما أم الاب والاخرى أم الجد سقطت أم الجد بام الاب وسائر أهل العلم على أن القربى من جهة الام تحجب البعدى من جهة الاب . فأما القربى من جهة الاب فهل تحجب البعدى من جهة الام ؟ فعن احمد فيها روايتان

إحداهما : انها تحجبها ويكون الميراث للقربى . وهذا قول على عليه السلام وإحدى الروايتين عن زيد ، وبه قال ابو حنيفه واصحابه واهل العراق ، وهو قول الشافعي . والرواية الثانيه عن احمد هو بينهما : وهي الرواية الثابتة عن زيد . وبه قال مالك والاوزاعي ، وهو القول الثانى للشافعي رضى الله عنه لأن الاب الذى تدلى به الجدة لا يحجب الجدة من قبل الام ، فالتي تدلى به أولى أن لا يحجبها وبهذا فارقتها القربى من قبل الام فإنها تدلى بالام وهي تحجب جميع الجدات .

ولنا أنها جدة قربى فتحجب البعدى كالتي من قبل الام ، ولأن الجدات أمهات يرثن ميراثا واحداً من جهة واحدة ، فإذا اجتمعن فالميراث لأقربهن كالآباء والابناء والاخوة والبنات . وكل قبيل اذا اجتمعوا فالميراث لاقربهم . وقولهم إن الاب لا يسقطها . قلنا لأنهن لا يرثن ميراثه إنما يرثن ميراث الامهات لكونهن أمهات ولذلك أسقطتهن الام والله أعلم

« مسائل من ذلك » ام ام وام ام اب . المال للأولى إلا فى قول ابن مسعود هو بينهما . ام اب وام ام ام المال للأولى فى قول الخرقى . وفى الرواية الاخرى هو بينهما . ام اب وام ام وام جد: المال للأولين فى قول الجميع الا فى قول شريك وموافقيه هو بينهن . ام اب وام ام وام ام ام وام ابى اب : هو للاولبين فى قول الجميع

(فصل) إذا اجتمعت جدة ذات قرابتين مع أخرى ، فقياس قول ابى عبد الله ان السدس بينهما أثلاثا ، لذات القرابتين ثلثاه وللاخرى ثلثه . كذلك قال أبو الحسن التميمى وأبو عبد الله الغرنى ، ولعلهما أخذا ذلك من قوله فى توريث المجوس بجميع قراباتهم . وهذا قول يحيى بن آدم والحسن بن صالح ومحمد بن الحسن والحسن بن زياد وزفر وشريك . وقال الثورى والشافعي رضى الله عنه وأبو يوسف : السدس بينهما نصفان ، وهو قياس قول مالك ، لان القرابتين إذا كانتا من جهة واحدة لم يرث بهما جميعا كالاخ من الاب والام

ولنا أنها شخص ذو قرابتين ترث بكل واحدة منها منفردة ولا يرجح بها على غيره فوجب أن يرث بكل واحدة منهما، كابن العم إذا كان أخا أو زوجا، وفارق الأخ من الأبوين فإنه رجح بقرابتيه على الأخ من الأب. ولا يجمع بين الترجيح بالقرابة الزائدة والتوريث بها، فإذا وجد أحدهما انتفى الآخر. وههنا قد انتفى الترجيح فيثبت التوريث. وصورة ذلك أن يتزوج ابن ابن المرأة بنت بنتها فيولد لهما ولد فتكون المرأة أم أم أمه وهي له أم أبي أبيه. وان تزوج ابن بنتها بنت بنتها فهي أم أم أمه وأم أم أبيه. وان أدلت الجدة بثلاث جهات ترث بهن لم يمكن أن يجتمع معها جدة أخرى وارثة عند من لا يورث أكثر من ثلاث

«مسألة» قال (والجـــدة ترث وابنها حي)

وجملته أن الجدة من قبل الأب اذا كان ابنها حيا وارثا، فإن عمر وابن مسعود وأبا موسى وعمران بن الحصين وأبا الطفيل رضي الله عنهم ورثوها مع ابنها، وبه قال شريح والحسن وابن سيرين وجابر بن زيد والعنبري وإسحاق وابن المنذر، وهو ظاهر مذهب أحمد بن حنبل رضي الله عنه، وقال زيد بن ثابت لا ترث: وروي ذلك عن عثمان وعلي رضي الله عنهما، وبه قال مالك والثوري والاوزاعي وسعيد بن عبدالعزيز والشافعي وابن جابر وأبو ثور وأصحاب الرأي، وهو رواية عن أحمد رواه عنه جماعة من أصحابه ولا خلاف في توريثها مع ابنها اذا كان عما أو عم أب لأنها لا تدلي به، واحتج من أسقطها بأبيها بأنها تدلي به فلا ترث معه كالجد مع الأب وأم الأم مع الأم

ولنا ما روى ابن مسعود رضي الله عنه قال «أول جدة أطعمها رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس: أم أب مع ابنها وابنها حي» أخرجه الترمذي ورواه سعيد بن منصور إلا أن لفظه «أول جدة أطعمت السدس: أم أب مع ابنها» وقال ابن سيرين «أول جدة أطعمها رسول الله (ص) السدس أم أب مع ابنها» ولأن الجدات أمهات يرثن ميراث الأم لا ميراث الأب فلا يحجبن به كأمهات الأم

(مسائل ذلك) أم أب وأب لها السدس والباقي له، وعلى القول الآخر. الكل له

دونها ، أم أم وأم أب وأب : السدس بينهما على القول الاول ، وعلى الثانى السدس لأم الام والباقى للاب . وقيل لام الام نصف السدس والباقى للاب ، لان الاب لو عدم لم يكن لام الام الا نصف السدس ، فلا يكون لها مع وجوده إلا ما كان لها مع عدمه . والاول أصح . لان الاخوة مع الابوين يحجبون الام عن نصف ميراثها ولا يأخذون ما حجبوها عنه . بل يتوفر ذلك على الاب كذا ههنا . ثلاث جدات متحاذيات وأب: السدس بينهن على القول الاول . ولام الام على القول الثانى وعلى الثالث لام الام ثلث السدس والباقى للاب ، وإن كان مع المتحاذيات جدات لم يحجب إلا أمه (١) اب وام اب وام ام ام : على قول الخرقى السدس لام الاب ومن حجب الجدة بابنها اسقط ام الاب ، ثم اختلف القائلون بذلك . فقيل السدس كله لام ام الام . لان التى تحجبها او تزاحمها قد سقط حكمها فصارت كالمعدومة وقيل : بل لها نصف السدس على قول زيد لانه يورث البعدى من جهة الام مع القربى من جهة الاب ، فكان لها نصف السدس . وقيل لا شيء لها لانها انحجبت بأم الاب ثم انحجبت ام الاب بالاب فصار المال كله للاب .

« مسألة » قال (والجدات المتحاذيات ان تكون ام ام ام وام ام اب وام ابى اب وان كثرن ، فعلى ذلك)

يعنى بالمتحاذيات المتساويات فى الدرجة بحيث لا تكون واحدة اعلى من الاخرى ولا انزل منها ، لان الجدات إنما يرثن كلهن إذا كن فى درجة واحدة ومتى كان بعضهن اقرب من بعض فالميراث لاقربهن ، فإذا قيل ترك جدتين وارثتين على أقرب المنازل فهما ام امه وام ابيه . وان قيل ترك ثلاثا فهن كما قال الخرقى ام ام ام وام ام اب وام ابى اب ، واحدة من قبل الام واثنتان من قبل الاب ، وهما ام امه وام ابيه كما جاء الحديث ، وفى درجتهن اخرى من قبل الام غير وارثة وهى ام ابى الام ، ولا يرث ابداً من قبل الام الا واحدة وهى التى كل نسبها أمهات لا أب فيهن ، فاحفظ ذلك

---

(١) وفى نسخة جد لم يرثه إلا أمه

فإن قيل ترك أربعاً فهن : أم أم أم أم وأم أم أم أب وأم أم أبى أب وأم أبى أبى أب ، وفى درجتهن أربع غير وارثات ، وقد ذكرناهن فيما تقدم ، إلا أن مذهب أحمد لا يورث أكثر من ثلاث جدات وهن الثلاث الأول : ويحتمل قول الخرقى توريثهن وإن كثرن ، فعلى هذا القول كلما زاد درجة زادت جدة ، ويرث فى الدرجة الخامسة خمس ، وفى السادسة ست ، وفى السابعة سبع وعلى هذا أبداً . وقول الخرقى : وان كثرن فعلى ذلك ، يحتمل أنه ذهب الى توريث الجدات على هذا الوجه وإن كثرن ، ويحتمل أنه أراد وان كثرن فلا يرث إلا هؤلاء الثلاث ، فعلى هذا القول لا يرث أكثر من ثلاث : واحدة من قبل الأم واثنتان من قبل الاب وهما أم أمه وأم أبيه وأمهاتهما ، ولا يرث جدة فى نسبها أب بين أمين ولا ثلاثة آباء ، وان أردت تنزيل الجدات الوارثات وغيرهن فاعلم أن للميت فى الدرجه الأولى جدتين : ام امه وام ابيه ، وفى الثانية أربع ، لأن لكل واحد من ابويه جدتين فهما أربع بالنسبة اليه . وفى الثالثة ثمان ، لان لكل واحد من أبويه أربعا على هذا الوجه فيكون لولدهما ثمان . وعلى هذا كلما علون درجة تضاعف عددهن ولا يرث منهن إلا ثلاث والله أعلم

(باب من يرث من الرجال والنساء)

« مسألة » قال (ويرث من الرجال الابن ثم ابن الابن وإن سفل ، والاب ثم الجد وان علا والاخ ثم ابن الاخ والعم ثم ابن العم والزوج ومولى النعمة ومن النساء البنت وبنت الابن والام والجدة والاخت والزوجة ومولاة النعمه)

فهؤلاء يجمع على توريثهم . وأكثرهم ثبت توريثه بالكتاب والسنة فالابن ثبت ميراثه بقوله تعالى (يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) وابن الابن والابوان ثبت ميراثهما بقوله تعالى (ولابويه لكل واحد منهما السدس) والجد يحتمل أن يتناوله قوله تعالى (ولابويه) كادخل ابن الابن فى عموم «أولادكم» والاخ والاخت من الام ثبت ميراثهما بقوله تعالى (وله أخ أو أخت فلكل واحد

منهما السدس) وولد الأبوين والأب ثبت إرثه بقوله تعالى وهو يرثها إن لم يكن لها ولد وأما ابن الأخ للأبوين أو للأب والعم وابنه وعم الأب وابنه فثبت ميراثهم بقول النبي صلى الله عليه وسلم « ما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر » ولم يدخل فيهم ولد الأم ولا العم للأم ولا ابنه ولا الخال ولا أبو الأم لأنهم ليسوا من العصبات ، وأما المولى المعتق والمولاة فثبت إرثهما بقوله عليه السلام « الولاء لمن أعتق » والجدة أطعمها النبي صلى الله عليه وسلم السدس ، والزوج ثبت إرثه بقوله تعالى (ولكم نصف ما ترك أزواجكم) والزوجة ثبت بقوله تعالى (ولهن الربع مما تركتم) .

فصل وجميعهم ضربان ذو فرض وعصبة ، فالذكور كلهم عصبات إلا الزوج والاخ من الأم وإلا الأب والجد مع الابن ، والاناث كلهن إذا انفردن عن اخوتهن ذوات فرض إلا المولاة المعتقة وإلا الاخوات مع البنات ، وعدد العصبات الابن وابنه وإن نزل ، والأب وأبوه وإن علا ، والأخ من الأبوين والأخ من الأب وابناهما وإن نزلا ، والعمان كذلك وابناهما وإن نزلا ، وعما الاب وابناهما كذلك أبداً ومولى النعمه ، وعدد الإناث : البنات وبنات الابن والام والجدة من الجهتين وان علت ، والاخوات من الجهات الثلاث والاخ من الام والزوج والزوجة : ومن لا يسقط بحال خمسة : الزوجان والابوان وولد الصلب لانهم يمتون بأنفسهم من غير واسطه بينهم وبين الميت يحجبهم . ومن سواهم من الوراث انما يمت بواسطة سواه فيسقط بمن هو أولى بالميت منه .

﴿ باب ميراث الجد ﴾

روى أبو داود باسناده عن قتادة عن الحسن عن عمران بن الحصين وأن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : أن ابن ابنى مات فمالى من ميراثه ؟ قال : لك السدس ، فلما أدبر دعاه فقال . ان لك سدسا آخر ، فلما أدبر دعاه فقال : ان لك السدس الآخر طعمة ، قال قتادة : فلا ندرى أى شيء ورثه ، قال قتادة : أقل شيء ورث الجد السدس ، وروى عن الحسن أيضا أن عمر رضي الله عنه قال « أيكم يعلم ما ورث رسول الله صلى الله عليه وسلم الجد ؟ فقال معقل بن يسار أنا ، ورثه

رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس قال مع من ؟ قال لا أدرى قال : لا دريت قال فما يغنى اذاً ؟ » رواه سعيد فى سننه .

قال أبو بكر بن المنذر : أجمع أهل العلم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن الجد أبا الاب لا يحجبه عن الميراث غير الاب وأنزلوا الجد فى الحجب والميراث منزلة الاب فى جميع المواضع الا فى ثلاثة أشياء .

أحدها . زوج وأبوان ، والثانية : زوجة وأبوان للأم ثلث الباقى فيهما مع الاب وثلث جميع المال لو كان مكان الاب جد ، والثالثة . اختلفوا فى الجد مع الاخوة والاخوات للأبوين أو للاب ، ولا خلاف بينهم فى اسقاطه بنى الاخوة وولد الام ذكرهم وأنثاهم . وذهب الصديق رضى الله عنه الى أن الجد يسقط جميع الاخوة والاخوات من جميع الجهات كما يسقطهم الاب ، وبذلك قال عبد الله ابن عباس وعبد الله بن الزبير . وروى ذلك عن عثمان وعائشة وأبى بن كعب وأبى الدرداء ومعاذ بن جبل وأبى موسى وأبى هريرة رضى الله عنهم ، وحكى أيضا عن عمران بن الحصين وجابر بن عبد الله وأبى الطفيل وعبادة بن الصامت وعطاء وطاوس وجابر بن زيد وبه قال قتادة واسحاق وأبو ثور ونعيم بن حماد وأبو حنيفة والمزنى وابن شريح وابن اللبان وداود وابن المنذر .

وكان على بن أبى طالب وابن مسعود وزيد بن ثابت رضى الله عنهم يورثونهم معه ولا يحجبونهم به ، وبه قال مالك والاوزاعى والشافعى وأبو يوسف ومحمد لان الاخ ذكر يعصب أخته فلم يسقطه الجد كالابن ، ولان ميراثهم ثبت بالكتاب فلا يحجبون الا بنص أو اجماع أو قياس وما وجد شىء من ذلك فلا يحجبون ، ولانهم تساووا فى سبب الاستحقاق فيتساوون فيه ، فإن الاخ والجد يدليان بالاب الجد أبوه والاخ ابنه وقرابة البنوة لا تنقص عن قرابة الابوة بل ربما كانت أقوى فإن الابن يسقط تعصيب الاب ولذلك مثله على رضى الله عنه بشجرة أنبتت غصنا فانفرق منه غصنان كل واحد منهما الى الآخر أقرب منه الى أصل الشجرة ، ومثله زيد بواد خرج منه نهر انفرق منه جدولان كل واحد منهما الى الاخر أقرب منه الى الوادى ، واحتج من ذهب مذهب أبى بكر رضى الله عنه بقول النبى (ص) « ألحقوا الفرائض بأهلها ، وما بقى فلأولى عصبة ذكر » والجد أولى من الاخ

بدليل المعنى والحكم ، أما المعنى فإنه له قرابة ايلاد وبعضية كالاب ، وأما الحكم فإن الفروض اذا ازدحمت سقط الأخ دونه ولا يسقطه أحد الا الاب ، والاخوة والاخوات يسقطون بثلاثة ، ويجمع له بين الفرض والتعصيب كالاب ، وهم ينفردون بواحد منهما ، ويسقط ولد الام وولد الاب يسقطون بهم بالاجماع اذا استغرقت الفروض المال وكانوا عصبة ، وكذلك ولد الابوين فى المشركة عند الاكثرين ، ولانه لا يقتل بقتل ابن ابنه ولا يحد بقذفه ولا يقطع بسرقة ماله ويجب عليه نفقته ويمنع من دفع زكاته اليه كالاب سواء ، فدل ذلك على قوته ، فإن قيل فالحديث حجة فى تقديم الاخوات لان فروضهن فى كتاب الله فيجب أن تلحق بهن فروضهن ، ويكون للجد ما بقى .

فالجواب : أن هذا الخبر حجة فى الذكور المنفردين وفى الذكور مع الاناث ، أو نقول هو حجة فى الجميع ولا فرض لولد الاب مع الجد لانهم كلالة والكلالة اسم للوارث مع عدم الولد والوالد فلا يكون لهم معه اذاً فرض ، حجة أخرى : قالوا الجد أب فيحجب ولد الاب كالاب الحقيق ودليل كونه أبا قوله تعالى (ملة أبيكم ابراهيم) وقول يوسف (واتبعت ملة آبائى ابراهيم واسحاق ويعقوب) وقوله (كما أتمها على أبويك من قبل ابراهيم واسحاق) وقال النبي صلى الله عليه وسلم « ارموا بنى اسماعيل ، فان أباكم كان راميا » وقال « سام أبو العرب ، وحام أبو الحبش » وقال « نحن بنى النضر بن كنانة ، لا نقفو أمنا ولا ننتفى من أبينا » وقال الشاعر :

انا بنى نهشل لا ندعى لاب عنه ولا هو بالابناء يشرينا

فوجب أن يحجب الاخوة كالاب الحقيقى ، يحقق هذا أن ابن الابن وان سفل يقوم مقام أبيه فى الحجب ، كذلك أبو الاب يقوم مقام ابنه ولذلك قال ابن عباس « ألا يتقى الله زيد ؟ يجعل ابن الابن ابنا ولا يجعل أبا الاب أبا » ولان بينهما ايلاداً وبعضية وجزئية وهو يساوى الاب فى أكثر أحكامه فيساويه فى هذا الحجب ، يحققه أن أبا الاب وان علا يسقط بنى الاخوة ولو كانت قرابة الجد والاخ واحدة لوجب أن يكون أبو الجد مساويا لبنى الاخ لتساوى درجة من أدليا به والله أعلم ، ولا تفريع على هذا القول لوضوحه .

(فصل) اختلف القائلون بتوريثهم معه فى كيفية توريثهم ، فكان على رضى الله عنه يفرض للأخوات فروضهن والباقى للجد إلا أن ينقصه ذلك من السدس فيفرضه له فإن كانت أخت لأبوين وأخوة لاب فرض للاخت النصف وقاسم الجد الأخوة فيما بقى إلا أن تنقصه المقاسمة من السدس فنفرضه له ، فإن كان الاخوة كلهم عصبة قاسمهم الجد الى السدس . فإن اجتمع ولد الأب وولد الأبوين مع الجد سقط ولد الاب ولم يدخلوا فى المقاسمة ولا يعتد بهم ، وإن انفرد ولد الاب قاموا مقام ولد الابوين مع الجد ، وصنع ابن مسعود فى الجد مع الاخوات كصنع على عليه السلام وقاسم به الاخوة إلى الثلث . فإن كان معهم أصحاب فرائض أعطى أصحاب الفرائض فرائضهم . ثم صنع صنيع زيد فى إعطاء الجد الاحظ من المقاسمة أو ثلث الباقى أو سدس جميع المال . وعلى يقاسم به بعد أصحاب الفرائض الا أن يكون أصحاب الفرائض بنتا أو بنات فلا يزيد الجد على الثلث ولا يقاسم به . وقال بقول على الشعبي والنخعى والمغيرة بن المقسم وابن أبى ليلى والحسن بن صالح ، وذهب الى قول ابن مسعود مسروق وعلقمة وشريح . وأما مذهب زيد فهو الذى ذكره الخرقى وسنشرحه ان شاء الله ، واليه ذهب أحمد ، وبه قال أهل المدينة وأهل الشام والثورى والاوزاعى والنخعى والحجاج بن أرطاة ومالك والشافعى وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وأبو عبيد وأكثر أهل العلم .

« مسألة » قال أبو القاسم (ومذهب أبى عبد الله رحمه الله فى الجد قول زيد ابن ثابت رضى الله عنه . واذا كان أخوة وأخوات وجد قاسم الجد بمنزلة أخ حتى يكون الثلث خيراً ، فإذا كان الثلث خيراً له أعطى ثلث جميع المال)

وجملة ذلك أن مذهب زيد فى الجد مع الاخوة والاخوات للابوين أو للاب أنه يعطيه الاحظ من شيئين اما المقاسمة كأنه أخ وإما ثلث جميع المال ، فعلى هذا ان كان الاخوة اثنين أو أربع أخوات أو أخا وأختين فالثلث والمقاسمة سواء فأعطه ما شئت منهما ، وان نقصوا عن ذلك فالمقاسمة أحظ له فقاسم به لا غير وان زادوا فالثلث خير له فأعطه اياه وسواء كانوا من أب أو من أبوين ، وان

اجتمع ولد الابوين وولد الاب فإن ولد الابوين يعادون الجد بولد الاب ويحتسبون بهم عليه ثم ما حصل لهم اخذه منهم ولد الابوين الا ان يكون ولد الابوين اختا واحدة فتأخذ منهم تمام نصف المال ثم ما فضل فهو لهم ، ولا يمكن ان يفضل عنهم اكثر من السدس لان ادنى ما للجد الثلث وللاخت النصف والباقي بعدهما هو السدس .

« مسألة » قال (فان كان مع الجد والأخوة والاخوات اصحاب فرائض اعطى اصحاب الفرائض فرائضهم ، ثم ينظر فيما بقي ، فان كانت المقاسمة خيراً للجد من ثلث ما بقي ومن سدس جميع المال اعطى المقاسمة . وان كان ثلث ما بقي خيراً له من المقاسمة ومن سدس جميع المال اعطى ثلث ما بقي ، فان كان سدس جميع المال احظ له من المقاسمة ومن ثلث ما بقي اعطى سدس جميع المال)

اما كونه لا ينقص عن سدس جميع المال فلأنه لا ينقص عن ذلك مع الولد الذي هو اقوى فمع غيرهم اولى ، واما اعطاؤه ثلث الباقي اذا كان احظ له فلأن له الثلث مع عدم الفروض فما اخذ بالفرض فكأنه ذهب من المال فصار ثلث الباقي بمنزلة ثلث جميع المال . وأما المقاسمة فهي له مع عدم الفروض فكذلك مع وجودها ، فعلى هذا متى زاد الاخوة عن اثنين او من يعدلهم من الاناث فلا حظ له في المقاسمة ومتى نقصوا عن ذلك فلا حظ له في ثلث الباقي ومتى زادت الفروض على النصف فلا حظ له في ثلث ما بقي . وان نقصت عن النصف فلا حظ له في السدس ، وان كان الفرض النصف فحسب استوى السدس وثلث الباقي ، وان كان الاخوة اثنين استوى ثلث الباقي والمقاسمة .

« مسألة » قال (ولا ينقص الجد أبداً من سدس جميع المال أو تسميته اذا زادت السهام)

هذا قول عامة اهل العلم الا انه روى عن الشعبي انه قال « ان ابن عباس كتب الى علي في ستة اخوة وجد ، فكتب اليه : اجعل الجد سابعهم وامح كتابي هذا » وروى عنه في سبعة اخوة وجد . ان الجد ثامنهم ، وحكي عن عمران بن حصين والشعبي المقاسمة الى نصف سدس المال .

ولنا أن الجد لا ينقص عن السدس مع البنين وهم أقوى ميراثاً من الاخوة فانهم يسقطونهم فلأن لا ينقص عنه مع الأخوة أولى ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أطعم الجد السدس ، فلا ينبغي أن ينقص منه . وأما قوله « أو تسميته إذا زادت السهام » فانه يعني إذا عالت المسألة فانه يسمى له السدس وهو ناقص عن السدس ، ألا ترى أنا نقول في زوج وأم وابنتين وجد : له السدس ونعطيه سهمين من خمسة عشر سهما وهما ثلثا الخمس ، ومتى أفضت المسألة الى العول سقط الاخوة والاخوات الا في الاكدرية ، ولا ينقص الجد عن السدس الكامل في مسألة يرث فيها أحد من الاخوة والأخوات .

« مسألة » قال (واذا كان أخ لأب وأم وأخ لأب وجد قاسم الجد الأخ للأب والأم والاخ للأب على ثلاثة أسهم ، ثم رجع الاخ للاب والام على ما في يد أخيه لابيه فأخذه)

قد ذكرنا أن الجد يقاسم الاخوة كأخ مالم تنقصه المقاسمة عن الثلث وأن ولد الابوين يعادون الجد بولد الاب ثم يأخذون ما حصل لهم وأنه متى كان اثنان من الاخوة وجد استوى الثلث والمقاسمه ، ففي هذه المسألة قد استوى الثلث والمقاسمة ولذلك اقتسما على ثلاثة لكل واحد سهم ثم أخذ الأخ للأبوين ما حصل لاخيه من ابيه ، وان شئت فرضت للجد الثلث والباقي لولد الابوين ، وان زاد عدد الاخوة على اثنين أو من يعدلهما من الاخوات فلفرض للجد الثلث والباقي لولد الابوين . هذا مذهب زيد

وأما علي وابن مسعود فانهما يقاسمان به ولد الأبوين ويسقطان ولد الأب ولا يعتدان به لانه محجوب بولد الأبوين فلا يعتد به كولد الأم ، وقسما هذه المسألة بين الجد والاخ من الابوين نصفين وأسقطا الاخ من الاب .

ولنا أن الجد والد فإذا حجبه أخوان وارثان جاز أن يحجبه أخ وارث وأخ غير وارث كالام ولان ولد الاب يحجبونه إذا انفردوا فيحجبونه مع غيرهم كالام ويفارق ولد الأم لأن الجد يحجبهم فلا ينبغي أن يحجبوه بخلاف ولد الأب

فإن الجد لا يحجبهم لجاز أن يحجبوه إذا حجبهم غيره كما يحجبون الام وان كانوا محجوبين بالاب ، وأما الاخ من الابوين فهو أقوى تعصيبا من الاخ من الاب فلا يرث معه شيئا . كما لو انفردا عن الجد فيأخذ ميراثه كما لو اجتمع ابن وابن ابن حجبه وأخذ ميراثه ، فإن قيل : فالجد يحجب ولد الام ولا يأخذ ميراثه والاخوة يحجبون الام ، وان لم يأخذوا ميراثها ، قلنا : الجد وولد الام يختلف سبب استحقاقهما للميراث ، وكذلك سائر من يحجب ولا يأخذ ميراث المحجوب وهنا سبب استحقاق الاخوة للميراث الاخوة والعصوبة فأيهما قوى حجب الآخر وأخذ ميراثه ، وقد مثلت هذه المسألة بمسألة في الوصايا وهي : إذا أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بمائة ولآخر بتمام الثلث على المائة وكان ثلث المال مائتين فإن الموصى له بالمائة يزاحم صاحب الثلث بصاحب التمام فيقاسمه الثلث نصفين ثم يختص صاحب المائة بها ولا يحصل لصاحب التمام شيء .

(فصل) أخ لأبوين وأختان لاب وجد : للجد الثلث والباقي للأخ ، وفي قول علي وابن مسعود : المـــال بينه وبين الجد نصفين ، أخ وأخت من أبوين وأخت من اب وجد فللجد الثلث والباقي بين ولد الأبوين على ثلاثة وتصح من تسعة ، وفي قول علي وابن مسعود : المال بين ولد الابوين والجد على خمسة أخ لابوين وأخت لاب وجد ، المال بينهم على خمسة : للجد سهمان والباقي للاخ وعندهما المال بينهما نصفين .

(فصـــل) أخوان لأبوين واخ لأب وجد ، للجد الثلث والباقي للأخوين للأبوين عند الجميع ، وان كان ولد الابوين ثلاثة فللجد الثلث أيضا عند زيد ، وعند علي وابن مسعود له الربع لانهما يقاسمان به الى السدس ، أخ واخت من ابوين واخ من اب او اكثر من ذلك فللجد الثلث وعندهما للجد الخمسان وللأخ للابوين الخمسان وللاخت الخمس .

« مسألة » قال (واذا كان اخ واخت لاب وام او لاب وجد كان المال بين الجد والاخ والاخت على خمسة اسهم للجد سهمان وللاخ سهمان وللاخت سهم) بالمقاسمة ههنا خير للجد من الثلث لانه يحصل له بها خمسا المـــال ، وذلك

خير له من الثلث ، وكذلك كلما نقص الاخوه عن اثنين أو من يعدلهم من الأناث كثلاث أخوات أو أختين أو أخ واحد أو اخت واحدة فليس فيها إلا المقاسمة به كأخ ، وهذا قول زيد وعلى وعبد الله إذا كانوا عصبة ، فأما ان كن أخوات منفردات فإن عليا وابن مسعود يفرضان لهن فروضهن ثم يعطيان الجد ما بقى .

« مسألة » قال (وإذا كانت أخت لأب وأم وأخت لأب وجد كانت الفريضة للجد والأختين على أربعة أسهم ، للجد سهمان ولكل أخت سهم ، ثم رجعت الأخت للام والأب فأخذت مما فى يد أختها لتستكمل النصف)

المقاسمة ههنا أحظ للجد وتعتد الأخت للابوين على الجد بأختها من أبيها فيصير له النصف ولهما النصف بينهما على اثنين لكل واحدة سهم ثم تأخذ الأخت من الابوين ما بقى فى يد أختها لتستكمل تمام فرضها وهو جميع ما فى يدها فلا يبقى لها شيء ، وتصير كما لو كان معهما بنت فأخذت البنت النصف وبقى النصف فإن الاخت من الابوين تأخذه جميعه فلا يبقى للاخت من الاب شيء .

(فصل) فإن كان مع الاخت من الابوين أختان من أب كان المال بينهن وبين الجد على خمسة أسهم ، للجد اثنان ولهن ثلاثة ، ثم تأخذ الاخت من الابوين من أختيها تمام النصف وهو سهم ونصف يبقى لهما نصف سهم بينهما لكل واحدة ربع سهم فتضرب مخرج الربع وهو أربعة فى خمسة تكن عشرين للجد ثمانية وللاخت للابوين عشرة ولكل واحدة من أختيها سهم ، فإن كان معها ثلاث أخوات أو أكثر من ذلك فليس للجد الا الثلث ولها النصف ويبقى السدس بين الاخوات من الاب ، وان كثرن ، وان كان من ولد الابوين أختان أو أكثر فليس للاخوات من الاب شيء وان كثرن ، لان فرض الاختين الثلثان والجد لا ينقص عن الثلث فلا يبقى من المال شيء ، ولان الاخوات من الابوين يسقطن الاخوات من الاب باستكمال الثلثين ولو لم يكن معهن جد فمع الجد أولى وليس فى هذه المسألة اختلاف ، فأما مسألة الخرقى ، فإن عليا وعبد الله يفرضان للاخت من الابوين النصف وللاخت من الاب السدس والباقى للجد ، وكذلك إن كان معها أختان أو أخوات من أب .

(مسألة ، قال : فإن كان مع التي من قبل الأب أخوها كان المـــال بين الجد والاخ والاختين على ستة أسهم للجد سهمان وللاخ سهمان ولكل أخت سهم ثم رجعت الاخت من الاب والام على الاخ والاخت من الاب فأخذت مما في أيديهما لتستكمل النصف ، فتصح الفريضة من ثمانية عشر سهماً : للجد ستة أسهم وللاخت من الاب والام تسعة أسهم وللاخ سهمان وللاخت سهم)

المقاسمة ههنا والثلث سواء ، فإن قاسمت به كان المـــال بينهم على ستة أسهم يأخذ الجد سهمين ثم يكمل للاخت تمام النصف مما في أيديهما ثلاثة أسهم يبقى لهما سهم على ثلاثة لا يصح ، فضرب ثلاثة في أصل المسألة تكن ثمانية عشر ، كما قال الخرقي ، وان زاد ولد الاب على هذا لم يزادوا على السدس شيئاً لان الجد لا ينقص عن الثلث والاخت لا تنقص عن النصف فلا يبقى الا السدس .

(مسألة الاكدرية ، قال : وإذا كان زوج وأم وأخت وجد فللزوج النصف وللام الثلث وللاخت النصف وللجد السدس)

ثم يقسم سدس الجد ونصف الاخت بينهما على ثلاثة أسهم للجد سهمان وللاخت سهم فتصح الفريضة من سبعة وعشرين سهماً للزوج تسعة أسهم وللام ستة وللجد ثمانية وللاخت أربعة ، وتسمى هذه المسألة الاكدرية ، ولا يفرض للجد مع الاخوات في غير هذه المسألة .

قيل : إنما سميت هذه المسألة الاكدرية لتكديرها لاصول زيد في الجد ، فإنه أعالها ولا عول عنده في مسائل الجد ، وفرض للاخت معه ولا يفرض لاخت مع جد ، وجمع سهامه وسهامهـــا فقسمها بينهما ولا نظير لذلك ، وقيل : سميت الاكدرية لان عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلا اسمه الاكدر فأفتى فيها على مذهب زيد وأخطأ فيها فنسبت اليه ، واختلف أهل العلم فيها ، فمذهب أبي بكر الصديق وموافقيه إسقاط الاخت ويجعل للام الثلث وما بقي للجد .

وقال عمر وابن مسعود : للزوج النصفـــ وللاخت النصفــــ وللام السدس وللجد السدس ، وعالت الى ثمانيه وجعلوا للام السدس كيلا يفضلوها على الجد وقال علي وزيد : للزوج النصف وللاخت النصف وللام الثلث وللجد السدس

وعولاها إلى تسعة ، ولم يحجبا الام عن الثلث ، لان الله تعالى إنما حجبها بالولد والاخوة ، وليس ههنا ولد ولا اخوة ، ثم ان عمر وعليا وابن مسعود أبقوا النصف للاخت والسدس للجد ، وأما زيد فإنه ضم نصفها الى سدس الجد فقسمه بينهما لانها لا تستحق معه الا بحكم المقاسمة ، وانما حمل زيد على إعالة المسألة هبنا لانه لو لم يفرض للاخت لسقطت وليس فى الفريضة من يسقطها ، وقد روى عن قبيصة بن ذؤيب أنه قال . ما قال ذلك زيد ، وانما قاس أصحابه على أصوله ولم يبين هو شيئا .

فإن قيل : فالاخت مع الجد عصبة والعصبة تسقط باستكمال الفروض ، قلنا : انما يعصبها الجد وليس بعصبة مع هؤلاء بل يفرض له : ولو كان مكان الاخت أخ لسقط لانه عصبة فى نفسه ، ولو كان مع الاخت أخرى أو أخ أو أكثر من ذلك لانحجبت الام الى السدس وبقى لهما السدس فأخذوه ولم تعل المسألة وأصل المسألة فى الاكدرية ستة وعالت الى تسعة وسهام الأخت والجد اربعة بينهما على ثلاثة لا تصح فتضرب ثلاثة فى تسعة تكن سبعة وعشرين ، ثم كل من له شيء فى أصل المسألة مضروب فى الثلاثة التى ضربتها فى المسألة للزوج ثلاثة فى ثلاثة تسعة وللام اثنان فى ثلاثة ستة ويبقى اثنا عشر بين الجد والاخت على ثلاثة له ثمانية ولها اربعة ويعايا بها ، فيقال : اربعة ورثوا مال ميت فأخذ أحدهم ثلثه والثانى ثلث ما بقى والثالث ثلث ما بقى والرابع ما بقى ، ويقال : امرأة جاءت قوما فقالت : انى حامل فإن ولدت ذكراً فلا شيء له ، وان ولدت انثى فلها تسع المال وثلث تسعه وان ولدت ولدين فلهما السدس ، ويقال ايضا : ان ولدت ذكراً فلى ثلث المال ، وان ولدت انثى فلى تسعاه ، وان ولدت ولدين فلى سدسه

(فصــــل)

زوجة وام واخت وجد : للزوجة الربع وللام الثلث والباقى بين الجد والاخت على ثلاثة اصلها من اثنى عشر وتصح من ستة وثلاثين ، فإن كان مكان الاخت اخ فالباقى بينهما نصفين وتصح من اربعة وعشرين ، وان كانتا أختين قاسمها وصحت من ثمانية واربعين فإن كان اخ واخت او ثلاث اخوات

حجبوا الأم إلى السدس وقسموا الباقي بينهم على خمسة وصحت من ستين فإن زادوا على ذلك استوى ثلث الباقي والمقاسمة فافرض له ثلث الباقي واضرب المسألة في ثلاثة تصير ستة وثلاثين ويبقى له ولهم أحد وعشرون يأخذ ثلثها سبعة والباقي لهم فإن لم تصح عليهم ضربتهم أو وفقهم في ستة وثلاثين فما بلغ فمنه تصح ، فإن كانوا من الجهتين لم يبق لولد الأب شيء واستأثر به ولد الأبوين دونهم

(فصـــل)

زوجة وأخت وجد وجـــدة فهي كالتي قبلها في فروعها ، إلا في أن للجدة السدس مع الأخت الواحدة والأخ الواحد ، ومتى كانوا أكثر من واحد كان حكم الجدة والأم واحداً ، وإن لم يكن معهم جدة فهي من أربعة : للزوجة الربع ويبقى ثلاثة ، للجد سهمان وللأخت سهم ، فإن كان معها أخت أخرى فالباقي بينهم على أربعة وتصح من ستة عشر ، وإن كان مكانهما أخ صحت من ثمانية ، فإن كان أخ وأخت وثلاث أخوات فالباقي بينهم على خمسة ، وتصح من عشرين ، وإن زادوا على هذا فاعطه ثلث الباقي بينهما واقسم الباقي على الباقين ، فإن كانوا من الجهتين فلا شيء لولد الأب ، لأن الباقي بعد نصيب الجد لا يزيد على النصف وهو أقل فرض لولد الأبوين

« مسألة » قال (وإذا كانت أم وأخت وجد فللأم الثلث وما بقي فبين الجد والأخت على ثلاثة أسهم ، للجد سهمان وللأخت سهم)

وهذه المسألة تسمى الخرقاء ، إنما سميت خرقاء لكثرة اختلاف الصحابة فيها ، فكأن الأقوال خرقتها . قيل فيها سبعة أقوال : قول الصديق وموافقيه : للأم الثلث والباقي للجـــد ، وقول زيد وموافقيه : للأم الثلث أصلها من ثلاثة ويبقى سهمان بين الأخت والجـــد على ثلاثة وتصح من تسعة ، وقول علي : للأخت النصف وللأم الثلث وللجد السدس . وعن عمر وعبدالله : للأخت النصف وللأم ثلث ما بقي وما بقي فللجد . وعن ابن مسعود : للأم السدس والباقي للجد ، وهي مثل القول الأول في المعنى . وعن ابن مسعود أيضاً : للأخت النصف والباقي بين الجد والأم نصفين فتكون من أربعة ، وهي إحدى مربعات ابن مسعود

وقال عثمان : المال بينهم أثلاث لكل واحد منهم ثلث ، وهي مثلثة عثمان وتسمى المسبعة لان فيها سبعة أقوال ، والمسدسة لان معنى الاقوال يرجع الى ستة وسأل الحجاج عنها الشعبي فقال : اختلف فيها خمسة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر له عثمان وعليا وابن مسعود وزيداً وابن عباس

فصل

أم أو جدة وأختان وجد ، المقاسمة خير للجد ويبقى خمسة على أربعة فتصح من أربعة وعشرين ، أم وأخ وأخت أو ثلاث أخوات وجد تصح من ستة : أم وأخوان أو أخ وأختان او اربع أخوات وجد ثلث الباقي والمقاسمة سواء ؛ فإن زادوا على ذلك فرض للجد ثلث الباقي . وانتقلت المسألة الى ثمانية عشر للأم ثلاثه وللجد خمسه يبقى عشرة للإخوة والاخوات فتصح المسئلة عليهم . فإن كان الإخوة والاخوات من الجهتين فالباقي كله لولد الابوين إلا أن يكون ولد الابوين أختا واحدة فلها قدر فرضها والباقي لهم ، أم وأخت لأبوين وأخ وأخت لأب وجد للام السدس وللجد ثلث الباقي ينتقل الى ثمانية عشر ، فللام ثلاثة وللجد خمسة وللاخت للابوين النصف تسعة يبقى سهم على ثلاثة فتصح من أربعة وخمسين وتسمى مختصرة زيد لانه لو قاسم بالجد لانتقلت الى ستة وثلاثين ثم يبقى سهمان على ثلاثه ، فتصح من مائة وثمانية ثم ترجع بالاختصار الى أربعة وخمسين فلذلك سميت المختصرة ، أم واخت لأبوين وأخوان وأخت لاب وجد أصلها من ستة ثم تنتقل الى ثمانية عشر ويفضل لولد الاب سهم على خمسة نضربها في ثمانية عشر تكن تسعين وتسمى تسعينية زيد ، وفي هذا الفصل كله : الجدة كالام لان لكل واحدة منهما السدس

« مسأله » قال (واذا كانت بنت وأخت وجد فللبنت النصف وما بقي فبين الجد والاخت على ثلاثة أسهم ، للجد سهمان وللاخت سهم)

إنما كان كذلك لأن المقاسمة هنا أحظ للجد . وقال علي رضي الله عنه : للبنت النصف وللجد السدس والباقي للاخت ، وعند ابن مسعود الباقي بعد فرض البنت بين الجد والاخت نصفين ، لان كل واحد منهما لو انفرد أخذ المال

بالتعصيب ، فإذا اجتمعا اقتسما ، كما لو كان مكانها أخ ، فأما على فبنى على أصله فى أن الاخوات لايقاسمن الجد ، وإنما يفرض لهن فلم يفرض لها مهنا ، لان الاخت مع البنت عصبه وأعطى الجد السدس كما لو انفرد معها وجعل لها الباقى

ولنا أن الجد يقاسم الاخت فيأخذ مثلها إذا كان معها أخ فكذلك اذا انفردت وهذه إحدى مربعات ابن مسعود

(فصـــل)

بنت وأخ وجد : الباقى بعد فرض البنت بينهما نصفين ، وإن كان معه أخته فالباقى بينهم على خمسة ، وان كان اخوان او اخ واختان او اربع اخوات استوى ثلث الباقى والسدس والمقاسمة ، فإن زادوا فلا حظ له فى المقاسمة ويأخذ السدس والباقى لهم فان كانوا من الجهتين فليس لولد الاب شىء ويأخذ ولد الابوين جميع الباقى . بنت وأختان وجد الباقى بين الجد والاختين على أربعة وتصح من ثمانية ، فان كن ثلاث أخوات فالباقى بينهم على خمسة: فان كن أكثر من أربع فله السدس أو ثلث الباقى والباقى لهن .

(فصل) بنتان أو أكثر أو بنت ابن وأخت وجد . البنتين الثلثان والباقى بين الجد والاخت على ثلاثة وتصح من تسعه . وإن كان مكانها أخ فالباقى بينهما على اثنين وتصح من سته وإن كان مكانه أختان صحت من اثنى عشر ويستوى فى هاتين المسألتين السدس والمقاسمه فان زادوا عن أخ أوعن اختين فرضت للجد السدس وكان الباقى لهم ، فان كان معهم ام او جدة فللجد السدس ولا شىء للاخوة والاخوات .

(فصل) زوج وأخت وجد للزوج النصف والباقى بينهما على ثلاثه . وعند على وابن مسعود للاخت النصف وللجد السدس وعالت إلى سبعه وإن كان مع الاخت اخرى فالباقى بينهم على اربعه وعندهما لها الثلثان وتعول إلى ثمانيه وإن كان مكانها اخ فالباقى بينهما نصفين ، وان كان اخ واخت او ثلاث اخوات قاسمهم الجد ، وان كان اخوان او من يعدلهما استوى السدس وثلث الباقى والمقاسمه ، فإن زادوا فرضت له السدس والباقى لهم ، وان كان زوج وبنته واخت وجد فللزوج الربع وللبنت النصف والباقى بينهما على ثلاثه ، ويستوى

السدس ههنا والمقاسمه ، فإن زادوا على أخت واحدة فرضت للجد السدس والباقي لهم ، وان كان مع الزوج ابنتان أو بنت وبنت ابن أو بنت وأم أو جدة سقطت الأخوة والأخوات وفرضت للجد السدس وعالت المسألة الى ثلاثة عشر

فصل

زوجة وبنت وأخت وجد الباقي بين الجد والأخت على ثلاثة وتصح من ثمانيه فإن كان مكان الأخت أخ أو أختان فالباقي بينهم ، وتصح مع الأخ من ستة عشر ومع الأختين من اثنين وثلاثين ، وإن زادوا فرضت للجد السدس وانتقلت المساله إلى أربعة وعشرين ثم تصحح على المنكسر عليهم ، وان كان مع الزوجه ابنتان أو أكثر أو بنت وبنت ابن وبنت وأم أو جدة فرضت للجد السدس ويبقى للاخوة والأخوات سهم من أربعة وعشرين .

(باب ذوى الأرحام)

وهم الأقارب الذين لا فرض لهم ولا تعصيب . وهم أحد عشر حيزاً : ولد البنات وولد الأخوات وبنات الاخوة وولد الأخوة من الأم والعمات من جميع الجهات والعم من الأم والأخوال والخالات وبنات الأعمام والجد أبو الام وكل جدة أدلت بأب بين أمين أو بأب أعلى من الجد ، فهؤلاء ومن أدلى بهم يسمون ذوى الارحام . وكان أبو عبد الله يورثهم إذا لم يكن ذو فرض ولا عصبة ولا أحد من الوراث إلا الزوج والزوجه

روى هذا القول عن عمر وعلى وعبد الله وأبي عبيدة بن الجراح ومعاذ بن جبل وأبي الدرداء رضي الله عنهم . وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز وعطاء وطاوس وعلقمة ومسروق وأهل الكوفة ، وكان زيد لايورثهم ويجعل الباقي لبيت المال وبه قال مالك والاوزاعي والشافعي رضي الله عنهم وأبو ثور وداود وابن جرير لأن عطاء بن يسار روى «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ركب إلى قباء يستخير الله تعالى في العمة والخالة» ، فأنزل عليه أن لا ميراث لهما ، رواه سعيد في سننه ؛ لأن العمة ولبنة الاخ لا ترثان مع أخويهما فلا ترثان منفردتين كالاجنبيات .

وذلك لان انضمام الأخ اليهما يؤكدهما ويقويهما ، بدليل أن بنات الإبن والاخوات من الاب يعصبهن أخوهن فيما بقى بعد ميراث البنات والاخوات من الابوين ولا يرثن منفردات ، فإذا لم يرث هاتان مع أخيهما فمع عدمه أولى ، ولان المواريث إنما تثبت نصا ولا نص فى هؤلاء

ولنا قول الله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله) أى أحق بالتوارث فى حكم الله تعالى

قال أهل العلم . كان التوارث فى ابتداء الإسلام بالحلف وكان الرجل يقول للرجل : دمى دمك ومالى مالك تنصرنى وأنصرك وترثنى وأرثك ، فيتعاقدان الحلف بينهما على ذلك ، فيتوارثان به دون القرابة ، وذلك قول الله عز وجل (والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم) ثم نسخ ذلك وصار التوارث بالإسلام والهجرة ، فإذا كان له ولد ولم يهاجر ورثه المهاجرون دونه ، وذلك قوله عزوجل (والذين آمنوا ولم يهاجروا ما لكم من ولايتهم من شىء حتى يهاجروا) ثم نسخ ذلك بقول الله تعالى (وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله) وروى الإمام أحمد بإسناده عن سهل بن حنيف . أن رجلا رمى رجلا بسهم فقتله ولم يترك إلا خالا . فكتب فيه أبو عبيدة إلى عمر ، فكتب اليه عمر : إنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : الخال وارث من وارث له ، قال الترمذى: هذاحديث حسن، وروى المقدادعن النبى (ص) أنه قال «الخال وارث من لاوارث له يعقل عنه ويرثه » أخرجه أبو داود: وفى لفظ «مولى من لا مولى له ، يعقل عنه ويفك عانيه » فإن قيل المراد به أن من ليس له الا خال فلا وارث له ، كما يقال الجوع زاد من لا زاد له ، والماء طيب من لا طيب له ، والصبر حيلة من لا حيلة له : أو أنه أراد بالخال السلطان ، قلنا هذافاسد لوجوه ثلاثة : أحدها أنه قال يرث ماله ، وفى لفظ قال يرثه ، والثانى أن الصحابة فهموا ذلك ، فكتب عمر بهذا جوابا لابى عبيدة حين سأله عن ميراث الخال ، وهم أحق بالفهم والصواب من غيرهم

الثالث : أنه سماه وارثا والاصل الحقيقة ، وقولهم ان هذا يستعمل النفى ، قلنا والإثبات كقولهم. ياعماد من لاعماد له ،يا سند من لا سند له ، ياذخر من لاذخر له

وقال سعيد حدثنا أبو شهاب عن محمد بن إسحاق عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمه واسع بن حبان قال « توفى ثابت بن الدحداحة ولم يدع وارثا ولا عصبة فرفع شأنه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فدفع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله إلى ابن أخته أبي لبابة بن عبد المنذر » ورواه أبو عبيد فى الأموال إلا أنه قال « ولم يخلف إلا ابنة أخ له فقضى النبي صلى الله عليه وسلم بميراثه لابنة أخيه » ولأنه ذو قرابة فيرث كذوى الفروض وذلك لأنه ساوى الناس فى الاسلام وزاد عليهم بالقرابة فكان أولى بماله منهم ، ولهذا كان أحق فى الحياة بصدقته وصلته وبعد الموت بوصيته فأشبه ذوى الفروض والعصابات المحجوبين إذا لم يكن من يحجبهم ، وحديثهم مرسل ، ثم يحتمل أنه لا ميراث لهما مع ذوى الفروض والعصابات ولذلك سمى الخال ، وارث من لا وارث له ، أى لا يرث إلا عند عدم الوارث ، وقولهم ، لا يرثان مع اخوتهما قلنا لأنهما أقوى منهما ، وقولهم ان الميراث إنما ثبت نصاً ، قلنا . قد ذكرنا نصوصاً ثم التعليل واجب مهما أمكن وقد أمكن ههنا فلا يصار الى التعبد المحض .

« مسألة » قال (ويورث ذوو الأرحام : فيجعل من لم يسم له فريضة على منزلة من سميت له ممن هو نحوه فيجعل الخال بمنزلة الام والعمة بمنزلة الأب ، وعن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى : أنه جعلها بمنزلة العم وبنت الأخ بمنزلة الأخ وكل ذى رحم لم يسم له فريضة فهو على هذا النحو)

مذهب أبي عبدالله فى توريث ذوى الأرحام مذهب أهل التنزيل ، وهو أن ينزل كل واحد منهم منزلة من يمت به من الورثة فيجعل له نصيبه فإن بعدوا نزلوا درجة درجة إلى أن يصلوا من يمتون به فيأخذون ميراثه فإن كان واحداً أخذ المال كله وان كانوا جماعة قسمت المال بين من يمتون به فما حصل لكل وارث جعل لمن يمت به ، فإن بقى من سهام المسألة شيء رد عليهم على قدر سهامهم ، وهذا قول علقمة ومسروق والشعبي والنخعي وحماد ونعيم وشريك وابن أبي ليلى والثورى وسائر من ورثهم غير أهل القرابة .

وقد روى عن علي وعبد الله رضى الله عنهما أنهما نزلا بنت البنت منزلة

البنت وبنت الأخ منزلة الأخ ، وبنت الاخت منزلة الأخت ، والعمة منزلة الأب ، والخالة منزلة الأم : وروى ذلك عن عمر رضى الله عنه فى العمة والخالة ، وعن على أيضا أنه نزل العمة بمنزلة العم ، وروى ذلك عن علقمة ومسروق وهى الرواية الثانية عن أحمد رضى الله عنه ، وعن الثورى وأبى عبيد أنهما نزلاها منزلة الجد مع ولد الاخوة والأخوات ، ونزلها آخرون منزلة الجدة ، وانما صار هذا الخلاف فى العمة لأنها أدلت بأربعة جهات وارثات فالاب والعم أخواها والجد والجدة أبواها ، ونزل قوم الخالة جدة لان الجدة أمها ، والصحيح من ذلك تنزيل العمة أبا والخالة أما لوجوه ثلاثة .

أحدها : ما روى الزهرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « العمة بمنزلة الاب اذا لم يكن بينهما أب والخالة بمنزلة الام اذا لم يكن بينهما أم » رواه الامام أحمد .

الثانى : أنه قول عمر وعلى وعبد الله فى الصحيح عنهم ولا مخالف لهم فى الصحابة .

الثالث : أن الاب أقوى جهات العمة ، والام أقوى جهات الخالة ، فتعين تنزيلهما بهما دون غيرهما كبنت الاخ وبنت العم فإنهما ينزلان منزلة أبويهما دون أخويهما ، ولانه اذا اجتمع لهما قرابات ولم يمكن توريثهما بجميعها ورثتا بأقواهما كالمجوس عند من لم يورثهم بجميع قراباتهم ، وكالاخ من الابوين فإنا نورثه بالتعصيب : وهى جهة أبيه دون قرابة أمه ، فأما أبو حنيفة وأصحابه فإنهم ورثوهم على ترتيب العصبات فجعلوا أولادهم من كان من ولد الميت وان سفلوا ثم ولد أبويه أو أحدهما وان سفلوا ثم ولد أبوى أبويه وان سفلوا كذلك أبدا ، لا يرث بنو أب أعلى وهناك بنو أب أقرب منه وان نزلت درجتهم ، وعن ابى حنيفة انه جعل ابا الام وان علا اولى من ولد البنات ويسمى مذهبهم مذهب اهل القرابة .

ولنا انهم فرع فى الميراث على غيرهم فوجب إلحاقهم بمن هم فرع له ، وقد ثبت ان ولد الميت من الاناث لا يسقط ولد ابيه فأولى ان لا يسقطهم ولده .

(مسائل من ذلك) بنت بنت وبنت بنت ابن المال بينهما على اربعة ، فإن

كان معهما بنت أخ فالباق لها وتصح من ستة . فإن كان معهما خالة فلبنت البنت النصف ولبنت بنت الابن السدس تكملة الثلثين والخالة السدس والباقي لبنت الاخ ، فإن كان مكان الخالة عمة حجبت بنت الاخ وأخذت الباق لان العمة كالاب فتسقط من هو بمنزلة الاخ ومن نزلها عما جعل الباق لبنت الاخ وسقط العمة ومن نزلها جدا قاسم بنت الاخ الثلث الباق بينهما نصفين ، ومن نزلها جدة جعل لها السدس ولبنت الاخ الباق ، وفي قول اهل القرابة انه لا ترث بنت الاخ مع بنت البنت ولا مع بنت بنت الابن شيئا .

(فصل) اذا انفرد أحد من ذوى الارحام اخذ المال كله في قول جميع من ورثهم ، وان كانوا جماعة لم يخل اما ان يدلوا بشخص واحد او بجماعة ، فإن أدلوا بشخص واحد وكانوا في درجة واحدة فالمال بينهم على حسب مواريثهم منه فإن اسقط بعضهم بعضا كأب الام والاخوال فأسقط الأخوال لأن الاب يسقط الاخوة والاخوات ، فان كان بعضهم اقرب من بعض فالميراث لأقربهم كخالة وأم ابي ام او ابن خال فالميراث للخالة لانها تلقى الام بأول درجة ، وهذا قول عامة المنزلين الا انه حكى عن النخعي وشريك ويحيى بن آدم في قرابة الام خاصة انهم أماتوا الام وجعلوا نصيبها لورثتها ، ويسمى قولهم قول من امات السبب . واستعمله بعض الفرضيين في جميع ذوى الارحام : فعلى قولهم يكون للخالة نصف ميراث الام لانها اخت ، ولام ابي الام السدس لانها جدة والباقي لابن الخال لانه ابن اخ .

ولنا أن الميراث من الميت لا من سببه ولذلك ورثنا ام ام الام دون ابن عم الام بغير خلاف ايضاً في ابي ام ام وابن عم ابي ام : ان المال للجد لانه اقرب ولو كانت الام الميتة كان ولو ورثها ابن عم ابيها دون ابي امها . خالة وأم ابي ام وعم لم . المال للخالة ، وعندهم للخالة النصف وللجدة السدس والباقي للعم ، فإن لم يكن فيها عم ام فالمال بين الخالة وأم ابي الام على اربعة ، فان لم يكن فيها جدة فالمال بين الخالة وعمها نصفين . ابن خالة وابن عم ام المال لابن الخالة وعندهم لابن عم الام . فأما ان أدلى جماعة بجماعة جعلت المال للمدلى بهم كأنهم أحياء فقسمت المال بينهم على ما توجبه الفريضة فما صار لكل واحد منهم فهو لمن أدلى به اذا

لم يسبق بعضهم بعضا فان سبق بعضهم بعضا وكانوا من جهة واحدة فالسابق إلى الوارث أولى ؛ وإن كانوا من جهتين نزل البعيد حتى يلحق بمن أدلى به فيأخذ نصيبه سواء سقط به القريب أو لم يسقط ، هذا ظاهر كلام أحمد رضى الله عنه ونقل عنه جماعة من أصحابه فى خالة وبنت خالة وبنت ابن عم للخالة الثلث ولابنة ابن العم الثلثان ولا تعطى بنت الخالة شيئا ، ونقل حنبل عنه أنه قال : قال سفيان قولا حسناً إذا كانت خالة وبنت ابن العم تعطى الخالة الثلث وتعطى بنت ابن العم الثلثين وظاهر هذا يدل على ما قلناه وهو قول الثورى ومحمد بن سالم والحسن ابن صالح ، وقال ضرار ابن صرد ان كان البعيد اذا نزل أسقط القريب فالقريب أولى ، وان لم يكن يسقطه نزل البعيد حتى يلحق بالوارث ، وقال سائر المنزلين : الأسبق إلى الوارث أولى بكل حال ، ولم يختلفوا فيما علمت فى تقديم الأسبق اذا كان من جهة واحدة الا نعيما ومحمد بن سالم فانهما قالا فى عمة وبنت عمة : المال بينهما نصفين . ولم أعلم أحداً من أصحابنا ولا من غيرهم عد الجهات وبينها الا أبا الخطاب فانه عدها خمس جهات : الأبوة والأمومة والبنوة والأخوة والعمومة ، وهذا يفضى الى أن ابنة العم من الام أو بنت العمة من الام مسقطة لبنت العم من الابوين ولا أعلم أحداً قال به .

وقد ذكر الخرقى هذا فى ثلاث بنات عمومة مفترقين : أن المال لبنت العم من الابوين وبيان افضائه الى ذلك ان بنت العم من الام أبوها يدلى بالاب ، وبنت العم من الابوين تدلى بأبيها . والاب يسقط العم ، وكذلك بنت العمة من جهة الاب وبنت العم من جهة العم ، فالصواب اذاً أن تكون الجهات أربعاً : الأبوة والبنوة والأخوة والأمومة .

مسائل فى هذا الباب : بنت بنت بنت وبنت بنت بنت بنت وبنت أخ : المال بين الاولى والثالثة وسقطت الثانية الا عند محمد بن سالم ونعيم فانها تشاركها ومن ورث الأقرب جعله لبنت الأخ لانها أسبق وقول أهل القرابة هو للاولى وحدها لانها من ولد الميت وهى أقرب من الثانية ، ابن خال وبنت عم ثلث وثلثان ومن ورث الاسبق جعله لبنت العم ، وان كان معها بنت عمة فلا شىء لها لان بنت العم أسبق الى الوارث منهما وهما من جهة واحدة ، وان كان معهم عمة يسقطه

بنت العم لان العمة بمنزلة الاب وبنت العم بمنزلة العم ، بنت بنت بنت وبنت بنت ابن : المال لبنت بنت الابن عند الجميع الا عند ابن سالم ونعيم ، بنت بنت بنت وابن أخ من أم . المال للاولى ، ومن ورث الاقرب جعله لابن الاخ ، وهو قول ضرار لان البعيد اذا نزل أسقط القريب ، بنت بنت وبنت بنت ابن : المال بينهما على أربعة عند جميع المنزلين وعند أهل القرابة هو لبنت البنت لانها أقرب ، ابن بنت بنت وبنت أخ هو بينهما ، ومن ورث الاقرب جعله لبنت الاخ وعند أهل القرابة هو لابن بنت البنت . ابن بنت وابن ابن ابن أخت لابوين : المال بينهما ، وعند من ورث الاقرب وأهل القرابة هو للاول ، بنت أخ وبنت عم أو بنت عمة : المال لبنت الاخ . وقياس قول أحمد رضي الله عنه في توريث البعيد من القريب ان كان من جهتين : أن يكون لبنت العم والعمة لانها من جهة الاب وذلك قول ضرار أيضا ، ابن أخت وابن عم لام : المال بينهما ومن ورث الاقرب جعله لابن الاخت وهو قول أهل القرابة أيضا لانها من ولد أبوي الميت ، وابن العم للام من ولد أبوي أبويه ، بنت عم وبنت عم أب هو للاولى عند الجميع الا عند ابن سالم ونعيم . بنت بنت بنت وأم اب ام المال بينهما على اربعة . بنت بنت بنت وأبو ام اب مثلها عندنا وعند من ورث الاقرب جعله للثاني ، بنت بنت بنت ابن وعمة أو خالة للاولى النصف في الاولى ومع الخالة لها ثلاثة أرباع المال وعند من ورث الاقرب الكل للعمة وللخالة . ويحتمل أن تكون الجهات ثلاثا : الابوة والبنوة والامومة : لان جعل الامومة جهة خامسة يفضي الى اسقاط بنت العم ببنت العمة كما ذكرنا ، وان جعلنا الاخوة جهة رابعة مع نفي جهة العمومة أفضى الى اسقاط ولد الاخوة والاخوات ببنات الاعمام والعمات . واذا جعلنا جميعهم جهة واحدة وورثنا أسبقهم الى الوارث كان أولى . والله أعلم .

« مسألة » قال (واذا كان وارث غير الزوج والزوجة أو مولى نعمة فهو أحق بالمال من ذوي الارحام)

في هذه المسألة فصول ثلاثة ، أحدها : ان الرد يقدم على ميراث ذوي الارحام ، فمتى خلف الميت عصبة أو ذا فرض من اقاربه اخذ المال كله ولا شيء لذوي الارحام ، وهذا قول عامة من ورث ذوي الارحام ، وقال الخبري لم يختلفوا

أن الرد أولى منهم إلى ماروى عن سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز انهما ورثا الخال مع البنت . فيحتمل أنهما ورثاه لكونه عصبة أو مولى لئلا يخالف الإجماع وقول النبي (ص) « الخال وارث من لا وارث له » ، ومن مسائل هذا الفصل : أبو أم وجدة المسـائل للجدة . بنت ابن وبنت بنت ابن ابن ابن وابن أخت عم وعمة ثلاثة بنى إخوة مفترقين لا شيء لذى الرحم فى جميع ذلك .

الفصل الثانى : أن المولى المعتق وعصباته أحق من ذوى الأرحام ، وهو قول عامة من ورثهم من الصحابة وغيرهم ، وقول من لا يرى توريثهم أيضاً ، وروى عن ابن مسعود تقديمهم على المولى ، وبه قال ابنه أبو عبيدة وعبيد الله بن عبد الله ابن عتبة وعلقمة والأسود وعبيدة ومسروق وجابر بن زيد والشعبى والنخعى والقاسم بن عبد الرحمن وعمر بن عبد العزيز وميمون بن مهران والأول أصح لقوله عليه السلام « الخال وارث من لا ورث له » والمولى وارث ، ولأن المولى يعقل وينصر فأشبه العصبة من النسب .

الفصل الثالث فى توريثهم مع الزوج والزوجة . لا أعلم خلافاً بين من ورثهم أنهم يرثون مع أحد الزوجين ما فضل عن ميراثه من غير حجب له ولا معاولة : واختلف فى كيفية توريثهم معه فروى عن إمامنا أنهم يرثون ما فضل كما يرثون المال إذا انفردوا ، وهذا قول أبى عبيد ومحمد بن الحسن واللؤلؤى وعامة من ورثهم وقال يحيى بن آدم وضرار : يقسم المال الباقى بينهم على قدر سهام من يدلون به مع أحد الزوجين على الحجب والعول ثم نفرض للزوج فرضه كاملا من غير حجب ولا عول ثم يقسم الباقى بينهم على قدر سهامهم ، فإنما يقع الخلاف فى مسألة فيها من يدلى بذى فرض ومن يدلى بعصبة .

فأما ان أدلى جميعهم بذى فرض أو عصبة فلا خلاف فيه ، ومن مسائل ذلك زوج وبنت بنت وبنت أخت أو ابن أخت أو أولاد أخت أو بنت أخ أو بنات أخ فللزوج النصف والباقى بين بنت البنت ومن معها نصفين .

وقال يحيى وضرار : المسألة من أربعة للزوج الربع وللبنت النصف سهمان يبقى سهم لمن معها ثم يفرض للزوج النصف والنصف الآخر بينهم على ثلاثة لبنت البنت سهمان ولمن معها سهم ، فإن كان مكان الزوج زوجة فرضت المسألة من ثمانية

للمرأة سهم وللبنت أربعة ويبقى ثلاثة لمن بقي ثم يفرض للمرأة الربع ويقسم الباقي بينهم على سبعة تضربها في أربعة تكن ثمانية وعشرين ومنها تصح ، للمرأة الربع سبعة ولبنت البنت أربعة أسباع الباقي اثنا عشر ويبقى تسعة لمن معها زوج وبنت بنت وخالة وبنت عم للزوج النصف والباقي بين ذوي الأرحام على ستة لبنت البنت ثلاثة وللخالة سهم ويبقى لبنت العم سهمان وتصح من اثنى عشر سهما ، وفي قول يحيى وضرار تفرض المسألة من اثنى عشر للزوج ثلاثة وللبنت ستة وللام سهمان ويبقى للعم سهم ثم يعطى الزوج النصف وتجمع سهام الباقين وهي تسعة فيقسم النصف الباقي على تسعة فلا تصح ، تضربها في اثنين تكن ثمانية عشر . وان كان مكان الزوج امرأة فعلى قول الجمهور للمرأة الربع والباقي بين ذوي الأرحام على ستة . وهي توافق باقي مسألة الزوجة بالأثلاث ، فردها الى اثنين وتضربها في أربعة تكن ثمانية عشر ، للمرأة سهمان ولبنت البنت نصف الباقي ثلاثة وللخالة سهم ولبنت العم سهمان .

وعلى قول يحيى تفرضها من أربعة وعشرين لذوي الأرحام منها أحد وعشرون ثم تفرض للمرأة الربع من أربعة لها سهم ولهم ثلاثة توافق سهامهم بالثلث فتضرب ثلثها في أربعة تكن ثمانية وعشرين ومنها تصح . امرأة وثلاث بنات ثلاثة إخوة مفترقين إمرأة وبنت بنت وثلاث إخوة مفترقين إمرأة وبنت بنت وثلاث خالات مفترقات وثلاث عمات مفترقات .

(فصل) ولا يعول من مسائل ذوي الارحام إلا مسألة واحدة وشبهها وهي خالة أو غيرها ممن يقوم مقام الام أو الجدة وست بنات ، ست أخوات مفترقات أو من يقوم مقامهن ممن يأخذ المال بالفروض فإن للخالة السدس ولولد الام الثلث ولبنات الاختين من الابوين الثلثان أصلها من ستة وعالت الى سبعة .

« مسألة » قال (ويورث الذكور والاناث من ذوي الارحام بالسوية إذا كان أبوهم واحداً وأمهم واحدة إلا الخال والخالة فللخال الثلثين وللخالة الثلث)

اختلفت الرواية عن أحمد في توريث الذكور والاناث من ذوي الارحام إذا

كانوا من أب واحد وأم واحدة فنقل الأثرم وحنبل وإبراهيم بن الحارث فى الخال والخالة يعطون بالسوية فظاهر هذا التسوية فى جميع ذوى الأرحام . وهو اختيار أبى بكر . ومذهب ابى عبيد وإسحاق ونعيم بن حماد لأنهم يرثون بالرحم المجرد فاستوى ذكرهم وأنثاهم كولد الام .

ونقل يعقوب بن بختان إذا ترك ولد خاله وخالته اجعله بمنزلة الاخ والاخت للذكر مثل حظ الانثيين : وكذلك ولد العم والعمة . ونقل عنه المروذى فيمن ترك خاله وخالته : الخال الثلثان وللخالة الثلث فظاهر هذا التفضيل . وهو قول أهل العراق وعامة المنزلين لأن ميراثهم معتبر بغيرهم فلا يجوز حملهم على ذوى الفروض لانهم يأخذون المال كله . ولا على العصبة البعيد لأن ذكرهم ينفرد بالميراث دون الاناث فوجب اعتبارهم بالقرب من العصبات والاخوة والاخوات ويجاب عن هذا بأنهم معتبرون بولد الام وإنما يأخذون كل المال بالفرض والرد واتفق الجميع على التسوية بين ولد الأم لأن آباءهم يستوى ذكرهم واناثهم إلا فى قياس قول من امات السبب فإن للذكر مثل حظ الانثيين . والذى نقل الخرقى : التسوية بين الجميع الا فى الخال والخالة ، ولم اعلم له موافقا على هذا القول ولا علمت وجهه .

واما قوله : اذا كان ابوهم واحداً وامهم واحدة ، فلأن الخلاف إنما هو فى ذكر وانثى ابوهما وامهما واحد . فأما إذا اختلف آباؤهم وامهاتهم كالأخوال والخالات المفترقين والعمات المفترقات او إذا ادلى كل واحد منهم بغير من ادلى به الآخر . كابن بنت وبنت بنت اخرى فلذلك موضع آخر يذكر فيه غير هذا إن شاء الله تعالى .

ومن مسائل ذلك : ابن اخت معه اخته او ابن بنت معه اخته : المال بينهما نصفان عند من سوى وعند اهل القرابة وسائر المنزلين المال بينهما على ثلاثة، ابنان وابنتان اخت لأبوين وثلاثة بنين وثلاث بنات اخت لأب واربعة بنى ولد واربع بنات اخت لام .

اصل المسألة من خمسة للاخت من الابوين ثلاثة بين ولدها على اربعة وللاخت من الأب سهم بين ولدها على ستة وللأخت من الأم سهم بين ولدها

على ثمانية والأربعة داخلة فيها والسته توافقها بالنصف فتضرب نصفها فى ثمانية تكن أربعة وعشرين ، ثم فى خمسة تكن ثمانية وعشرين ومن فضل أبقى ولد الأم بحالهم وجعل ولد الأخت من الأبوين ستة توافقهم سهامهم بالثلث فيرجعون الى اثنين فيدخلان فى الثمانية وولد الاخت من الأب تسعة تضربها فى ثمانية تكن اثنين وسبعين ثم فى خمسة تكن ثلثمائه وستين ، وان كانوا أولاد عمات أو خالات مفترقات فكذلك : وان كانوا أولاد بنات أو أولاد أخوات من أبوين أو من أب فهى من اثنين وسبعين عند من سوى ومن مائة وثمانية عند من فضل ، وقول أهل العراق هى من سبعة وعشرين كأولاد البنين .

فصل

وان كان معك أولاد بنات أو اخوات قسمت المال بين أمهاتهم على عددهن فما أصاب كل واحدة منهن فهو لولدها بالسويه عند من سوى : وعند من فضل جعله بينهم على حسب ميراثهم ، واختلف أصحاب أبي حنيفة فذهب أبو يوسف إلى قسم المال بينهم على عددهم دون مراعاة أمهاتهم إذا استووا وممن يدلون به من الآباء والأمهات الى بنات الميت للذكر مثل حظ الانثيين كأولاد البنين وجعل محمد بن الحسن من أدلى بابن ابنا ، وان كان أنثى ، ومن أدلى بالانثى أنثى وان كان ذكراً وجعل المدلى بهم بعدد المدلين ثم قسم بينهم على عددهم فما أصاب ولد الابن قسمه بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وما أصاب ولد الأنثى قسمه بينهم كذلك .

(مسائل من ذلك ، بنت ابن بنت وابن بنت بنت ، قول من سوى المال بينهما نصفين ، وقول من فضل ان كانا من ولد بنين فكذلك ، وان كانا من ولد بنت واحدة فالمال بين ابنها وبنتها لابنها ثلثاه ولبنتها ثلثه ، فما أصاب ابنها فهو لبنته وما أصاب بنتها فهو لابنها فيصير للبنت سهمان وللابن سهم ، وقول محمد كذلك وقول أبي يوسف : للابن سهمان وللبنت سهم كابن الميت وبنته ، ابنا وبنت بنت وابن ابن بنت قول من سوى لابن ابن البنت النصف والباقي بين الباقين على ثلاثة سواء كانوا من ولد بنت أو من ولد بنين ، وقول المفضلين إن كانوا من ولد بنين فلابن ابن البنت النصف والنصف الآخر بين الباقين على خمسه ، وإن كانوا من

ولد بنت فلابن ابن البنت الثلثان والثلث الباقي للباقين على خمسة لأن المال كان للبنت الأولى فقسم بين ابنها وبنتها أثلاثا ، للابن سهمان فهما لابنه ، وللبنت سهمان فهو لولدها ، قول محمد يقسم بينهم على خمسة : لابن الابن سهمان لأنه يدلى بابن وللباقين ثلاثة لأنهم يدلون بأنثى .

قول أبي يوسف : يقسم بينهم على سبعه لكل ابن سهمان وللبنت سهم . ابنا بنت بنت وبنتا ابن بنت قول من سوى المال بينهم على أربعة بكل حال . قول المفضلين ان كانوا من ولد بنين فكذلك ، وإن كانوا من ولد واحدة فلابنها الثلثان بين ابنتيه ولابنتها الثلث بين ابنيها .

قول أبي يوسف المال بينهم على ستة لكل ذكر سهمان ولكل أنثى سهم : قول محمد لكل ذكر سهم ولكل أنثى سهمان . ابنا وابنتا ابن أخت وثلاثة بنين وثلاث بنات بنت أخت ، قول من سوى النصف بين الاولين على أربعه والنصف الباقي بين الآخرين على سته وتصح من أربعة وعشرين . قول من فضل ان كانوا من ولد واحدة فللأولين الثلثان بينهم على ستة وللآخرين الثلث بينهم على تسعة وتصح من أربعة وخمسين . وان كانوا من ولد اثنتين صحت من ستة وثلاثين قول أبي يوسف للذكر مثل حظ الانثيين وتصح من خمسة عشر .

وقول محمد ولد ابن الأخت بمنزلة أربع ذكور وولد بنت الاخت كست إناث فيقسم المال بينهم على أربعة عشر ولولد أخ الأخت منها ثمانية أسهم بينهم على سته وللآخرين سته بينهم على سبعه وتصح من اثنين وأربعين وترجع بالاختصار الى أحد وعشرين . ابنتا أخ وابن وابنة أخت لبنتي الأخ الثلثان في قول المنزلين جميعهم ، وقول محمد الثلث لولدي الأخت بينهما بالسوية عند من سوى ، ومن فضل جعله بينهما أثلاثا ، وهذا قول محمد ، وقال أبو يوسف لابن الأخت سهمان ولكل واحد من الباقين سهم وتصح من خمسة .

(فصـــل) بنت بنت وبنت بنت ابن هي من أربعة عند المنزلين جميعهم وعند أهل القرابة هو لبنت البنت لأنها اقرب فإن كان معهما بنتا بنت ابن أخرى فكأنهم بنت وبنتا ابن فمسألتهم من ثمانية وتصح من ستة عشر ، ابن بنت ابن وبنت ابن بنت المال للابن لأنه أقرب إلى الوارث ، وهذا قول عامةمنورثهم إلا

ما حكى عن ابن سالم فى أنه ينزل البعيد حتى يلحق بوراثه فيكون المال بينهما على أربعة للبنت ثلاثة وللابن سهم كبنت وبنت ابن بنت بنت ابن وبنت بنت ابن ابن وابنتا بنت ابن آخر للاولى ثلاثة أرباع المال والربع الباقى بين الباقيات على أربعة فتضربها فى أصل المسأله تكن من ستة عشر . ابن وبنت بنت وثلاث بنات، بنت وابنتا بنت ابن لا شيء لهذين فى قول الجميع لأن أمهما تسقط باستكمال البنات الثلثين ويكون النصف بين الابن وأختـــه على اثنين والنصف الآخر على ثلاث وتصح من اثنى عشر عند من سوى ، ومن فضل جعلها بينهم على ستة . وهو قول أهل القرابه أيضا . بنت بنت بنت وبنت ابن بنت أخرى وبنت بنت ابن ابن المال لهذه إلا فى قول أهل القرابه فإنه للأولين . وقول من أمات السبب وورث البعيد مع القريب. المال بين بنت ابن بنت وبنت بنت ابن ابن على أربعه وتسقط الاخرى لان هذه وارثة البنت فى أول درجة . بنت بنت وبنت بنت بنت أخرى وبنت بنت ابن المال بين الاولى والاخيرة على المنزلين ، وقال أهل القرابة هو للأولى . قول ابن سالم هو للأولين وتسقط الثالثه

(مسأله) قال (وإذا كان ابن أخت وبنت أخت أخرى أعطى ابن الاخت حق أمه النصف وبنت الاخت الاخرى حق أمها النصف ، وإن كان ابن وبنت أخت وبنت أخت أخرى فللابن وبنت الاخت النصف بينهما نصفين ولبنت الاخت الاخرى النصف)

أما المسأله الاولى فلا خلاف فيها بين المنزلين لان كل واحد منهما له ميراث من أدلى به ، وهو قول محمد بن الحسن أيضا. وقال أبو يوسف : يعتبرون بأنفسهم فيكون لابن الاخت الثلثان ولبنت الاخت الثلث

وأما المسئلة الثانيه فلا خلاف بين المنزلين فى أن لولد كل أخت ميراثها وهو النصف : ومن سوى جعل النصف بين ابن الاخت وأخته نصفين والنصف الآخر لبنت الاخت الاخرى فتصح من أربعه ، ومن فضل جعل النصف بينهما على ثلاثة وتصح من ستة

وقال أبو يوسف : للابن النصف ولكل بنت الربع وتصح من أربعة .

وقال محمد . لولد الاخت الاولى الثلثان بينهما على ثلاثه وللأخرى الثلث ، وتصح من تسعه . واذا انفرد ولد كل أخ أو أخت فالعمل فيه على ما ذكرنا فى أولاد البنات ، ومتى كان الاخوات أو الاخوة من ولد الام ، فاتفق الجميع على التسويه بين ذكرهم وأنثاهم إلا الثورى ومن أمات السبب . ثلاث بنات أخ وثلاث بنى أخت إن كانا من أم فالمال بينهم على عددهم وإن كانا من أب أو من أبوين فلبنات الاخ الثلثان ولبنى الاخت الثلث وتصح من تسعه عند المنزلين وعند محمد مثله ، وفى قول أبى يوسف يجعل لبنى الاخت الثلثين ولبنات الاخ الثلث ، ابن وبنت أخت لابوين وابن أخت لام هى من أربعه عند من فضل وعند من سوى تصح من ثمانيه ، قول محمد كأنهما أختان من أبوين وأخت من أم ، فتصح من خمسه عشر فإن كان ولد الام أيضا إبنا وإبنه صحت عند جميعهم من ثمانيه ، الا الثورى فإنه يجعل للذكر من ولد الام مثل حظ الانثيين فتصح عنده من اثنى عشر ، وعند محمد هى من ثمانيه عشر : إبنا أخت لابوين وابن وابنه أخت لاب وابنا أخت أخرى لاب فى قول عامتهم من ثمانيه : وتصح من اثنين وثلاثين عند من سوى وعند من فضل من ثمانيه وأربعين ، وقول محمد يسقط ولد الاب ويتفق قوله مع قول أبى يوسف فى أن المال لولد الاخت من الابوين ، ابن أخت لابوين وابن وإبنه أخت لام وابنا وابنتا أخت أخرى لام ، قول المنزلين من عشرين ، الثورى من ثلاثين محمد من ستين

« مسأله » قال (فإن كن ثلاث بنات ثلاث أخوات مفترقات فلبنت الاخت من الاب والام ثلاثه أخماس المال ولبنت الاخت من الاب الخمس ولبنت الاخت من الام الخمس)

جعلهن مكان أمهاتهن وكذلك إن كن ثلاث عمات مفترقات : مذهب أحمد وسائر المنزلين فى ولد الاخوات أن المال يقسم بين الاخوات على قدر سهامهن فما أصاب كل أخت فهو لولدها ، والمال فى مسألتنا بين الاخوات على خمسه فيكون بين أولادهن كذلك ، وكذلك ان كن ثلاث عمات متفرقات لأنهن

أخوات الاب فيراثه بينهن كميراث الاخوات المتفرقات من أخيهن ، وكذلك الحكم فى ثلاث خالات متفرقات لأنهن أخوات الأم فيراثها بينهن كذلك . وقدم أهل القرابة من كان لأب وأم من جميعهم ثم من كان لأب ثم من كان لام إلا محمد بن الحسن فإنه قسم ميراث أولاد الاخوات على أعـــدادهم وأقامهم مقام أمهاتهم كأنهم أخوات .

ومن مسائل ذلك : ستة بنات ثلاث أخوات متفرقات . المال بين الاخوات على خمسة فما أصاب كل واحدة فهو لبنتها . وتصح من عشرة : قول أبى يوسف المال كله لولد الابوين . قول محمد لهما الثلثان ولولد الام الثلث وتصح من ستة ، ست بنات ست أخوات متفرقات : لبنتى الاختين من الابوين الثلثان ولولد الام الثلث وتصح من ستة

وهذا قول محمد : ابن أخت لأبوين وابن وابنة أخت لاب وابنا وابنتا أخت أخرى لاب وثلاثة بنين وثلاثة بنات أخت لام ، هى من مائة وعشرين عند من سوى ، ومن ستين عند من فضل ، ومن أربعة وخمسين عند محمد ، فان كان معهم أربعة بنين وأربع بنات أخرى لام . صحت من مائة وأربعة وأربعين عند المنزلين كلهم . قول محمد كأنهم أخت لابوين وست أخوات لاب وأربع عشرة أختا لأم وسهم ولد الاب بينهم على تسعة . فتصح من ثلاثمائة وثمانية وسبعين ، فان كان ولد الاخت للأبوين ابنا وبنتاً صحت كذلك عند المنزلين . وعند محمد كأنهما أختان لأبوين فيسقط ولد الاب ، وتصح من مائة وستة وعشرين . والقول فى العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وأولادهن كالقول فى ولد الاخوات المتفرقات .

« مسألة » قال (اذا كن ثلاث بنات ثلاثة إخوة متفرقين فلبنت الاخ من الام السدس والباقى لبنت الاخ من الاب والام .

هذا قول جميع المنزلين لان الاخوة المفترقين يسقط ولد الاب منهم بولد الابوين وللاخ للام السدس والباقى كله للاخ للابوين ، ثم ما صار لكل أخ فهو لولده ، وكذلك الحكم فى الاخوال المتفرقين وأولادهم لان الاخوال إخوة الام مسائل من ذلك : ست بنات ستة إخوة مفترقين . لولد الام الثلث والباقى

لولد الأبوين ست بنات ثلاثة أخوة مفترقين لولد الأم السدس والباق لولد الأبوين ، قول محمد لولد الأم الثلث . بنت أخ لأبوين وابن أخ لأم وبنت أخ آخر لأم ابن وبنت بنت أخ لأب وابنا وابنتا ابن أخ لأم وثلاثة بنين وثلاث بنات ، بنت أخت لأم تصح من اثنين وسبعين عند المنزلين ، فإن كان مكان الاخ من الاب أخت كانت من ستين ، فإن كان معهم ابن بنت أخت من أبوين عادت إلى اثنين وسبعين .

(فصل) بنت أخ لأم وبنت ابن أخ لأب للاولى السدس والباق للثانية عند المنزلين ، وفى القرابة هو للاولى لأنها أقرب إلى الميت ، بنت بنت أخ لأبوين وبنت ابن أخ لأبوين ، المال لهذه فى قولهم جميعاً . بنت ابن أخ لأم وبنت بنت أخ لأبوين وابن بنت أخ لأب ، للاولى السدس والباق للثانية .

وقال أبو يوسف . الكل للثانية . بنت أخ لام وبنت بنت أخ لأب المال للاولى إلا فى قول الثورى وابن سالم وضرار للاولى السدس والباقى للثانية لانهم يورثون البعيد مع القريب وإن كان من جهة واحدة .

(فصل) ابن وبنت أخت لابوين وبنتا أخ لاب وثلاثة بنى أخت لاب وخمسة بنى أخت لام وعشر بنات أخ لام أصلها من ثمانية عشر وتصح من خمسمائة وأربعين فى قول المنزلين النصف من ذلك بين ولدى الاخت للابوين بالسوية عند من سوى وأثلاثا عند من فضل ولولد الام الثلث وهو مائة وثمانون ولولد الاخ تسعون ولولد الاخت تسعون ولولد الاب تسعون ولولد الاخ ستون ولولد الاخت ثلاثون، ثلاث بنات إخوة مفترقين وثلاث بنات أخوات مفترقات لولدى الام الثلث بينهما بالسوية والباقى لولدى الابن لبنت الاخ ثلثاه ولبنت الاخت ثلثه . وإن كان معهم ثلاثة بنى أخوال مفترقين فلهم السدس لابن الخال من الام سدسه وباقيه لابن الخال من الابوين ويبقى النصف لبنت الاخ من الابوين ثلثاه ولبنت الاخت ثلثه وتصح من ستة وثلاثين والحكم فى ثلاثة أخوال مفترقين فى قسمة ميراث الام بينهم كالحكم فى ثلاثة إخوة مفترقين فى قسم ميراثهم بينهم وكذلك ثلاثة أخوال مفترقين مع ثلاثة خالات متفرقات كثلاث بنات إخوة مفترقين مع ثلاث بنات أخوات مفترقات على ما ذكرنا .

، مسألة ، قال (وإذا كان ثلاث بنات عمومة مفترقين فالمال لبنت العم من الاب والام لانهن أقمن مقام آبائهن)

أكثر أهل التنزيل على هذا ، وهو قول أهل القرابة . وقال الثورى : المال بين بنت العم من الابوين وبنت العم من الام على أربعة . وقال أبو عبيدة : لبنت العم من الام السدس والباقى لبنت العم من الابوين كبنات الاخوة ، ولا يصح شىء من هذا لانهن بمنزلة آبائهن . ولو كان آباؤهن أحياء لكان المال للعم من الابوين ، وفارق بنات الاخوة لان آباءهن يكون المال بينهم على ستة ويرث الاخ من الام مع الاخ من الابوين بخلاف العمومة

وقيل على قياس قول محمد بن سالم : المال لبنت العم من الام لانها بعد درجتين بمنزلة الاب فيسقط به العم . قال الخبرى وليس بشىء . وقد ذكر أبو الخطاب فى كتاب الهداية قولا من رأيه يفضى الى هذا، فإنه ذكر أن الابوة جهة والعمومة جهة أخرى وأن البعيد والقريب من ذوى الارحام إذا كانا من جهتين نزل البعيد حتى يلحق بوارثه ، سواء سقط به القريب أو لم يسقط ، فيلزم على هذا أن تنزل بنت العم من الام حتى تلحق بالاب فيسقط بها بنتا العمين الآخرين ، وأظن أبا الخطاب لو علم إفضاء هذا القول الى هذا لم يقله ولم يذهب اليه لما فيه من مخالفة الاجماع ومقتضى الدليل وإسقاط القوى بالضعيف والقريب بالبعيد ، ولا يختلف المذهب فى أن الحكم فى هذه المسألة على ما قال الخرقى

ومن مسائل ذلك : بنت عم لابوين وبنت عم لأب المال للاولى . بنت عم لأب وبنت عم لام كذلك . بنت عم لاب وبنت ابن عم لابوين كذلك ، بنت ابن عم لاب وبنت عم لام المال الاولى عند المنزلين وهو للثانية عند أهل القرابة لأنها أقرب .

بنت عم لأم وبنت بنت عم لأبوين ، المال للاولى فى قولهم جميعا ، بنت عم وابن عمة ، المال لبنت العم عند الجمهور . وحكى عن الثورى أن لبنت العم سهمين ولابن العمة سهم ، بنت بنت عم وبنت ابن عم، المال لهذه عند الجمهور

وقول ابن سالم هو الأولى بنت عمة من أبوين وبنت عم من أم لبنت العم السدس ولبنت العمة النصف ثم يرد عليهما الباقي فيكون بينهما على أربعة . ثلاث بنات عمات مفترقات وبنت عم من أم المال بينهن على ستة فإن كان معهن بنت عم من أبوين أو أب ورثت المال دونهن .

, مسألة , قال (وإن كن ثلاث خالات مفترقات وثلاث عمات مفترقات فالثلث بين الثلاث خالات على خمسة أسهم والثلثان بين الثلاث عمات على خمسة أسهم)

فتصح من خمسة عشر سهما للخالة التي من قبل الأب والأم ثلاثة أسهم ، وللخالة التي من قبل الأب سهم . وللخالة التي من قبل الأم سهم . وللعمة التي من قبل الأب والأم ستة أسهم . وللعمة التي من قبل الاب سهمان . وللعمة التي من قبل الام سهمان . انما كان كذلك لان الخالات بمنزلة الام والعمات بمنزلة الاب فكأن الميت خلف أباه وأمه فللأمه الثلث والباقي لأبيه ثم ما صار للأم بين أخواتها على خمسة لانهن أخوات لها متفرقات فيقسم نصيبها بينهن بالفرض والرد على خمسة كما يقسم مال الميت بين أخواته المفترقات وما صار للاب قسم بين أخواته على خمسة فصار الكسر في الموضعين على خمسة وإحداهما تجزىء عن الاخرى لانهما عددان متماثلان فتضرب خمسة في أصل المسألة وهو ثلاثة فصارت خمسة عشر كما ذكر للخالات سهم في خمسة مقسومة بينهن كما ذكر وللعمات سهمان في خمسة تكن عشرة بينهن على خمسة كما ذكر أيضا . وهذا قول عامة المنزلين . وعند أهل القرابة للعمة من الابوين الثلثان وللخالة من الابوين الثلث وسقط سائرهن . وقال نعيم وإسحاق الخالات كلهن سواء فيكون نصيبهن بينهن على ثلاثة ، وكذلك نصيب العمات بينهن على ثلاثة يتساوين فيه فتكون هذه المسألة عندهما من تسعة . وإن كان مع الخالات خال من أم ومع العمات عم من أم فسهم كل واحد من الفريقين بينهم على ستة ، وتصح من ثمانية عشر سهما عند المنزلين . ثلاثة أخوال مفترقين معهم أخواتهم وعم وعمة من أم الثلث بين الاخوال والخالات على ستة ، للخال والخالة من الام ثلاثة بينهما بالسوية وثلثاه للخال والخالة من الابوين بينهما على

ثلاثة عند من فضل وهو قول أكثر المنزلين وإحدى الروايتين عن أحمد وذكرها الخرقي في الخال والخالة خاصة دون سائر ذوي الارحام .

والرواية الاخرى : هو بينهما على السوية والثلثان بين العم والعمة بالسوية ، ثلاث عمات وثلاث بنات عم وثلاث خالات وثلاث بني خال الميراث للعمات والخالات ويسقط الباقون فيكون للخالات الثلث والباقي للعمات . فإن كان معهم ثلاث بنات إخوة فللخالات السدس والباقي للعمات لانهن بمنزلة الاب فيسقط بهن بنات الإخوة لانهن بمنزلة الإخوة . ويحتمل أن يجعل أولاد الاخوة والاخوات من جهة الابوة فيقدم ولد الابوين وولد الاب على العمات لانهم أولاد بنيه والعمات أخواته . ووجه هذا الاحتمال أننا إذا جعلنا الإخوة جهة والابوة جهة أخرى مع ما تقرر من أصلنا أن البعيد والقريب اذا كانا من جهتين نزل البعيد حتى يلحق بوارثه سواء سقط به القريب أو لم يسقط لزم منه سقوط ولد الإخوة ببنات العم من الام لانهن من جهة الاب ويلزم من هذا أن يسقطن ببنات العمات وبنات الاعمام كلهم . فأما ان كان مكان العمات والخالات بناتهن فللخالات السدس بين بناتهن على خمسة والباقي لبنات الاخوة . لبنت الاخ من الام السدس والباقي لبنت الاخ من الابوين ، وتصح المسألة من ثلاثين . فإن لم يكن بنات اخوة من أبوين ولا من أب فالباقي لبنت العم من الابوين .

﴿ فصل ﴾

خالة وابن عمة للخالة الثلث والباقي لابن العمة وهذا قول الثوري ومن ورث البعيد مع القريب . وفي قول أكثر المنزلين وأهل القرابة المال للخالة لانها أقرب ، وكذلك إن كان مكان الخالة خال : عمة وابن خال معه أخته الثلث بين ابن الخال وأخته بالسوية ان كان أبوهما خالا من أم ، وإن كان من أب أو من أبوين ففيه روايتان .

إحداهما : هو بينهما بالسوية أيضا .

والثانية : على ثلاثة والباقي للعمة وعند أكثر الفرضيين المال للعمة . بنت عم وابن عمة وبنت خال وابن خالة الثلث بين بنت الخال وابن الخالة بالسوية إن كانا من أم ، وان كانا من ابوين أو من أب فهل هو بينهما بالسوية أو على ثلاثة ؟

فيه روايتان . وإن كان ابن الخالة من أم والخال من أب فلابن الخالة سدس الثلث والباقي لبنت الخال . وإن كانت بنت الخال من أم وابن الخالة من أب فالثلث بينهما على أربعة والباقي لابن العم . وعند أكثر المنزلين المال كله لبنت العم لانها أسبق إلى الوارث : خالة وبنت عم ثلث وثلثان وعند أهل القرابة هو للخالة : عمة وبنت عم من نزل العمة أبا : جعل المال لها ومن نزلها عما : جعل المال بينهما نصفين . وكذلك من أمات السبب . بنت ابن عم لاب وبنت عمة لابوين المال لبنت ابن العم : ابن خالة من أم وبنت خالة من أب وبنت عم من أم وابن عم من أب الثلث من أربعة والثلثان من أربعة أيضا وتصح من اثنى عشر ، وفى القرابة الثلث لبنت الخالة والثلثان لابن العمة وتصح من ثلاثة .

(فصل) خال وخالة وأبو أم المال لابى الام فإن كان معهم ابنة عم أو عمة فالثلث لابى الام والباقي لابنة العم او العمة وإن كان مكان أبى الام أمه فلا شيء لها ، لان الخالة أسبق إلى الوارث والجهة واحدة : خالة وأبو أم المال للخالة لانها بمنزلة الام وهي تسقط ام الام : ابن خال وابن اخ من ام المال بينهما على ثلاثة كأنهما ام وأخ من ام وعند المنزلين هو لابن الاخ . فإن كان معهما ابن اخت من اب فالمال بينهم على خمسة لابن الاخت ثلاثة أخماسه ولكل واحد منهما الخمس . وإن كان معهم بنت اخ من ابوين فلها النصف ولكل واحد من الباقين السدس وعند المنزلين لا شيء لابن الخال والمال بين الباقين على خمسة : خال وابن ابن اخت لام المال بينهما على ثلاثة وعند المنزلين هو للخال . بنت بنت اخت لابوين وابن ابن اخ لام وبنت ابن اخ لاب وبنت خالة لهذه السدس والباقي لبنت ابن الاخ وعند المنزلين المال كله له .

(فصل) عمة وابنة اخ المال للعمة عند من نزلها أبا ولابن الاخ عند من نزلها عما وبينهما عند من نزلها جداً : بنت عم وبنت عمة وبنت اخ من ام وبنت اخ من اب لبنت الاخ من الام السدس والباقي لبنت الاخ من الاب فان لم يكن بنت اخ من اب فالباقي لبنت العم ، ويجيء على قول من نزل البعيد حتى يلحقه بوارثه وجعل الابوة جهة والاخوة جهة ان يسقط

أولاد الاخوة . فإن جعل الابوة جهة والعمومة جهة أخرى أسقط بنت العم بنت العمة وقيل ان هذا قول ابن سالم وهو بعيد : بنت عم وبنت خال وبنت أخ من أب : لبنت الخال الثلث والباقي لبنت الأخ وعند أكثر المنزلين الكل لبنت الاخ : ثلاث بنات أخوات مفترقات وثلاث بنات عمات مفترقات السدس الباقي بين بنات العمات على خمسة وتصح من ثلاثين فان كان معهم خال أو خالة أو أحد من أولادهما فله السدس ولا شيء لولد العمات الا على قول ابن سالم وأصحابه فانه يورثهم ويسقط ولد الأخوات . ويقتضيه قول أبي الخطاب : خالة وعمة وثلاثة بنات ثلاث أخوات مفترقات للخالة السدس والباقي للعمة ومن نزلها عما فلبنتي الاخت من الأبوين النصف ولبنتي الاخت من الاب السدس ولبنتي الاخت من الام السدس فان كن بنات ستة أخوات مفترقات عالت على هذا الى سبعة .

(فصل في عمات الابوين وأخوالها وخالاتهما) مذهبنا ما تقدم من تقديم الاسبق الى الوارث ان كانا من جهة واحدة وتنزيل البعيد حتى يلحق وارثه ان كانا من جهتين ثم يجعل لمن يدلى به ما كان له وأكثر المنزلين يعطون الميراث للأسبق بكل حال . والمشهور عن أهل العراق أن نصيب الام بين خالها وخالتها وعمها وعمتها على ثلاثة ونصيب الاب بين عماته وخالاته كذلك . ومن مسائل ذلك ثلاث خالات أم مفترقات وثلاثة أعمام أم مفترقين وثلاث خالات أب مفترقات فخالات الام بمنزلة أم الام وخالات الأب بمنزلة أم الاب فيكون المال بين هاتين الجدتين نصفين ونصيب كل واحدة منهما بين أخواتها على خمسة وتسقط عمات الام لانهن بمنزلة أب الام وهو غير وارث ، فان كان معهم عمات أب فلخالات الاب والام السدس بينهما والباقي لعمات الاب لانهن بمنزلة الجد : عمة أب وعمة أم لعمة الام الثلث والباقي لعمة الأب ، هذا قياس المذهب وهو قول أهل العراق .

وقال القاضي : المال لعمة الاب لانها أسبق لانها اخت الجد وهو وارث وهذا قول اكثر المنزلين لانهم يورثون الاسبق بكل حال ، خالة ام وعمة اب للخالة السدس والباقي للعمة لانها كجدة وجدة وكذلك القول في خالة اب

وعمته : خالة أم وخالة أم أب المال للخالة لأنها بمنزلة أم أم وأم أم أب : خال أب وعم أم المال للخال لانه بمنزلة جدة والجدات بمنزلة الأمهات : بنت خال أم وبنت عم أب لبنت الخال السدس ولبنت العم ما بقي ومن ورث الأسبق جعل الكل لبنت العم ، أبو أبي أم وأبو أم أب المال لأبي أم الاب فإن كان معهما أبو أم أم فهو بينهما نصفين لأنهما بمنزلة جدتين متحاذيتين ، أبو أم أبي أم وأبو أبي ام ام المال لهذا لانه أسبق فان كان معهما ابو ام ابي اب فالمال له لأنه بأول درجة يلقى الوارث . اب وأم ابي ام لام ابي الام الثلث والباقي للأب فان كان معهما ابو ام ام فالمال له لانه يدلى بوارث فان كان معهم ابو ام اب فالمال بين هذا والذي قبله نصفين .

(فصل) واذا كان لذي الرحم قرابتان ورث بهما باجماع من المورثين لهم إلا شيئا يحكى عن ابي يوسف انهم لا يرثون إلا بقرابة واحدة وليس بصحيح عنه ولا صحيح في نفسه لانه شخص له جهتان لا يرجح بهما فورث بهما كالزوج اذا كان ابن عم وابن العم إذا كان اخا من ام . وحساب ذلك ان تجعل ذا القرابتين كشخص فتقول في ابن بنت بنت هو ابن ابن بنت اخرى وبنت بنت بنت اخرى للابن الثلثان وللبنت الثلث فان كانت امهما واحدة فله ثلاثة ارباع المال عند من سوى ولاخته الربع ومن فضل جعل له النصف والثلث ولاخته السدس وهذا قول اكثر المنزلين ، وقول ابي حنيفة ومحمد وقياس قول ابي يوسف له اربعة اخماس المال ولاخته الخمس : بنتا اخت من ام احداهما بنت اخ من اب وبنت اخت من ابوين هي من اثني عشر ستة لبنت الاخت من الابوين وأربعة لذات القرابتين من جهة ابنها ولها سهم من جهة امها وللأخرى سهم : عمتان من اب احداهما خالة من ام وخالة من ابوين هي من اثني عشر ايضا لذات القرابتين خمسة وللعمة الاخرى اربعة وللخالة من الابوين ثلاثة فان كان معهما عم من ام هو خال من اب صحت من تسعين . ابن وبنت ابن عمة من ام البنت هي بنت عم من ام والعم هو خال من اب : ابن وبنت ابن خال من اب الابن هو ابن بنت خال آخر من اب والخالان عمان من ام هي من ثمانية عشر .

« مسائل شتى » يعنى متفرقه فانها مسائل من أبواب متفرقة يقال شتى وشتان وقال الله تعالى (تحسبهم جميعاً وقلوبهم شتى وقال تعالى إن سعيكم لشتى)

وقال الشاعر :

قد عشت فى الناس أطواراً على طرق شتى وقاسيت فيها اللين والفظعا

« مسألة » قال (والخنثى المشكل يرث نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى فإن بال من حيث يبول الرجل فليس بمشكل وحكمه فى الميراث وغيره حكم رجل وان بال من حيث تبول المرأة فله حكم إمرأة)

الخنثى هو الذى له ذكر وفرج امرأة أو ثقب فى مكان الفرج يخرج منه البول وينقسم الى مشكل وغير مشكل فالذى يتبين فيه علامات الذكورية أو الأنوثية فيعلم أنه رجل أو امرأة فليس بمشكل وانما هو رجل فيه خلقة زائدة أو إمرأة فيها خلقة زائدة وحكمه فى إرثه وسائر أحكامه حكم ما ظهرت علاماته فيه ويعتبر بمباله فى قول من بلغنا قوله من أهل العلم .

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الخنثى يورث من حيث يبول : إن بال من حيث يبول الرجل فهو رجل ، وان بال من حيث تبول المرأة فهو إمرأة ، وممن روى عنه ذلك على ومعاوية وسعيد بن المسيب وجابر بن زيد وأهل الكوفة وسائر أهل العلم .

قال ابن اللبان : روى الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن مولود له قبل وذكر من أين يورث ؟ قال من حيث يبول ، وروى أنه عليه السلام أتى بخنثى من الانصار فقال « ورثوه من أول مايبول منه » ولأن خروج البول أعم العلامات لوجودها من الصغير والكبير وسائر العلامات إنما يوجد بعد الكبر مثل نبات اللحية وتفلك الثدى وخروج المنى والحيض والحبل ، وإن بال منهما جميعاً اعتبرنا أسبقهما نص عليه أحمد ، وروى ذلك عن سعيد بن المسيب ، وبه قال الجمهور فإن خرجا معاً ولم يسبق أحدهما فقال أحمد فى رواية إسحاق بن إبراهيم يرث من المكان الذى ينزل منه أكثر ، وحكى هذا

عن الأوزاعي وصاحبي أبي حنيفة ووقف في ذلك أبو حنيفة ولم يعتبره أصحاب الشافعي رضي الله عنه في أحد الوجهين .

ولنا أنها مزية لاحدى العلامتين فيعتبر بها كالسبق فإن استويا فهو حينئذ مشكل فإن مات له من يرثه فقال الجمهور يوقف الأمر حتى يبلغ فيتبين فيه علامات الرجال من نبات اللحية وخروج المني من ذكره وكونه مني رجل ، أو علامات النساء من الحيض والحبل وتفلك الثديين نص عليه أحمد في رواية الميموني . وحكي عن علي والحسن أنهما قالا تعد أضلاعه فإن أضلاع المرأة أكثر من أضلاع الرجل بضلع ، قال ابن اللبان فلو صح هذا لما أشكل حاله ولما احتيج إلى مراعاة المبال .

وقال جابر بن زيد : يوقف الى جنب حائط فإن بال عليه فهو رجل . وإن شلشل بين فخذيه فهو إمرأة وليس على هذا تعويل ، والصحيح ما ذكرناه إن شاء الله تعالى وأنه يوقف أمره مادام صغيراً فإن احتيج الى قسم الميراث أعطي هو ومن معه اليقين ووقف الباقي الى حين بلوغه فتعمل المسألة على أنه ذكر ثم على أنه أنثى وتدفع الى كل وارث أقل النصيبين ونقف الباقي حتى يبلغ ، فإن مات قبل بلوغه أو بلغ مشكلا فلم تظهر فيه علامة ورث نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى نص عليه أحمد . وهذا قول ابن عباس والشعبي وابن أبي ليلى وأهل المدينة ومكة والثوري واللؤلؤي وشريك والحسن بن صالح وأبي يوسف ويحي بن آدم وضرار بن صرد ونعيم بن حماد وورثه أبو حنيفة بأسوأ حالاته وأعطى الباقي لسائر الورثة وأعطاه الشافعي ومن معه اليقين ووقف الباقي حتى يتبين الأمر أو يصطلحوا ، وبه قال أبو ثور وداود وابن جرير وورثه بعض أهل البصرة على الدعوى فيما بقي بعد اليقين وبعضهم بالدعوى من أصل المال وفيه أقوال شاذة سوى هذه . ولنا قول ابن عباس ولم نعرف له في الصحابة منكراً ولأن حالتيه تساوتا فوجبت التسوية بين حكميهما كما لو تداعى نفسان داراً بأيديهما ولا بينة لهما وليس توريثه بأسوأ أحواله بأولى من توريث من معه بذلك فتخصيصه بهذا تحكم لادليل عليه ولا سبيل الى الوقف لأنه لا غاية له تنتظر وفيه تضييع المال مع يقين استحقاقهم له .

(فصل) واختلف من ورثه نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى فى كيفية توريثهم فذهب أكثرهم الى أن يجعلوا مرة ذكوراً ومرة إناثا وتعمل المسألة على هذا مرة وعلى هذا مرة ثم تضرب إحداهما فى الأخرى ان تباينتا أو فى وفقها إن اتفقتا وتجتزىء باحداهما إن تماثلتا أو با كثرهما إن تناسبتا فتضربهما فى اثنين . ثم تجمع ما لكل واحد منهما ان تماثلتا وتضرب ما لكل واحد منهما فى الأخرى إن تباينتا أو فى وفقها ان اتفقتا فتدفعه اليه ويسمى هذا مذهب المنزلين وهو اختيار أصحابنا، وذهب الثورى واللؤلؤى فى الولد إذا كان فيهم خنثى الى أن يجعل للانثى سهمين وللخنثى ثلاثة وللذكر أربعة وذلك لأننا نجعل للانثى أقل عدد له نصف وهو اثنان وللذكر ضعف ذلك أربعة وللخنثى نصفهما وهو ثلاثة فيكون معه نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى . وهذا قول لا بأس به .

وهذا القول يوافق الذى قبله فى بعض المواضع ويخالفه فى بعضها ، وبيان اختلافهما أننا لو قدرنا ابنا وبنتا وولداً خنثى لكانت المسألة على هذا القول من تسعة للخنثى الثلث وهو ثلاثة وعلى القول الأول مسألة الذكورية من خمسة والأنوثية من أربعة تضرب إحداهما فى الأخرى تكن عشرين ثم فى اثنين تكن أربعين للبنت سهم فى خمسة وسهم فى أربعة يكن لها تسعة ، وللذكر ثمانية عشر وللخنثى سهم فى خمسة وسهمان فى أربعة يكن له ثلاثة عشر وهى دون ثلث الأربعين ، وقول من ورثه بالدعوى فيما بقى بعد اليقين يوافق قول المنزلين فى أكثر المواضع فانه يقول فى هذه المسألة للذكر الخمسان يقين وهى ستة عشر من أربعين وهو يدعى النصف من عشرين وللبنت الخمس يقين وهى تدعى الربع وللخنثى الربع يقين وهو يدعى الخمسين ستة عشر .

والمختلف فيه ستة أسهم يدعيها الخنثى كلها فتعطيه نصفها ثلاثة مع العشرة التى معه صارت له ثلاثة عشر ، والابن يدعى أربعة فتعطيه نصفها سهمين صار له ثمانية عشر والبنت تدعى سهمين فتدفع اليها سهما صار لها تسعة .

وقد ورثه قوم بالدعوى من أصل المال فعلى قولهم يكون الميراث فى هذه المسألة من ثلاثة وعشرين لأن المدعى ههنا نصف وربع وخمسان ومخرجها

عشرون يعطى الابن النصف عشرة وللبنت خمسة والخنثى ثمانية تكن ثلاثة وعشرين ، فإن لم يكن فى المسألة بنت فى قول الثورى هى من سبعة ، وكذلك قول من ورثهما بالدعوى من أصل المال وفى التنزيل من اثنى عشر للابن سبعة والخنثى خمسه ، وهو قول من ورثه بالدعوى فيما عدا اليقين .

وان كانت بنت وولد خنثى ولا عصبه معهما فهى من خمسه فى قول الثورى ومن اثنى عشر فى التنزيل . وان كان معهما عصبه فهى من سته للخنثى ثلاثه وللبنت سهمان وللعصبه سهم فى الأقوال الثلاثه ، فإن كان معهما أم وعصبه فهى فى التنزيل من سته وثلاثين للأم سته وللخنثى سته عشر وللبنت أحد عشر وللعصبه ثلاثه . وقياس قول الثورى أن يكون للخنثى والبنت ثلاثة أرباع المال بينهما على خمسة (١) وللأم السدس ويبقى نصف السدس للعصبة وتصح من ستين (٢) وان كان ولد خنثى وعصبة فللخنثى ثلاثة أرباع المال والباقى للعصبه إلا فى قول من ورثهما بالدعوى من أصل المال فانه يجعل المال بينهما أثلاثا لأن الخنثى تدعى المال كله والعصبه تدعى نصفه ، فتضيف النصف الى الكل فيكون ثلاثه أنصاف لكل نصف ثلث : بنت وولد ابن خنثى وعم هى فى التنزيل من اثنى عشر وترجع بالاختصار إلى سته للبنت النصف وللخنثى الثلث وللعم السدس .

فصل

وان كان الخنثى يرث فى حال دون حال كزوج وأخت وولد أب خنثى فمقتضى قول الثورى أن يجعل للخنثى نصف ما يرثه فى حال إرثه وهو نصف سهم فتضمه الى سهام الباقين وهى ستة ثم تبسطها أنصافا ليزول الكسر فتصير ثلاثة عشر له منها سهم والباقى بين الزوج والأخت نصفين . وقد عمل أبو الخطاب هذه المسألة على هذا فى كتاب الهداية ، وأما فى التنزيل فتصح من ثمانية وعشرين للخنثى سهمان وهى نصف سبع ولكل واحد من الآخرين ثلاثة عشر ، وإن كان زوج وأم وأخوان من أم وولد أب خنثى فله فى حال الأنوثيه ثلاثه من تسعه فاجعل له نصفها مضموما الى سهام باقى المسألة ثم ابسطها تكن خمسه عشر له

---

(١) فى نسخة ثلاثه . (٢) فى نسخة من اثنى عشر .

منها ثلاثة وهى الخمس وفى التنزيل له ستة من ستة وثلاثين وهى السدس ، وان كانت بنت وبنت ابن وولد أخ خنثى وعم فهى من ستة للبنت النصف ولبنت الابن السدس وللخنثى السدس وللعم ما بقى على القولين جميعاً .

(فصل) وان خلف خنثيين فصاعداً نزلتهم بعدد أحوالهم فى أحد الوجهين فتجعل الاثنين أربعة أحوال وللثلاثة ثمانية وللاربعة ستة عشر وللخمسة اثنين وثلاثين حالا ثم تجمع مالهم فى الأحوال كلها فتقسمه على عدد أحوالهم فما خرج بالقسم فهو لهم إن كانوا من جهة واحدة ، وان كانوا من جهات جمعت ما لكل واحد منهم فى الاحوال وقسمته على عدد الاحوال كلها فالخارج بالقسم هو نصيبه وهذا قول ابن أبى ليلى وضرار ويحيى بن آدم ، وقول محمد بن الحسن على قياس قول الشعبى

والوجه الآخر: أنهم ينزلون حالين مرة ذكوراً ومرة إناثا كما تصنع فى الواحد وهذا قول أبى يوسف ، والأول أصح لأنه يعطى كل واحد بحسب ما فيه من الاحتمال فيعدل بينهم ، وفى الوجه الآخر يعطى ببعض الاحتمالات دون بعض وهذا تحكم لا دليل عليه .

وبيان هذا فى ولد خنثى وولد أخ خنثى وعم إن كانا ذكرين فالمال للولد ، وان كانا أنثيين فللولد النصف والباقى للعم فهى من أربعة عند من نزلهم حالين للولد ثلاثة أرباع المال وللعم ربعه ومن نزلهم أحوالا زاد حالين آخرين وهو أن يكون الولد وحده ذكراً وأن يكون ولد الاخ وحده ذكراً فتكون المسألة من ثمانية للولد المال فى حالين والنصف فى حالين فله ربع ذلك وهو ثلاثة أرباع المال ولولد الأخ نصف المال فى حال فله ربعه وهو الثمن وللعم مثل ذلك وهذا أعدل ومن قال بالدعوى فيما زاد على اليقين قال للأخ النصف يقينا والنصف الآخر يتداعونه فيكون بينهم أثلاثا وتصح من ستة ، وكذلك الحكم فى أخ خنثى وولد أخ وفى كل عصبتين يحجب أحدهما الاخر ولا يرث المحجوب شيئاً إذا كان أنثى .

ولو خلف بنتا وولداً خنثى وولد ابن خنثى وعصبة فمن نزلها حالين جعلها من ستة للولد الخنثى ثلاثة وللبنت سهمان والباقى للعم ، ومن نزلها أربعة أحوال جعلها من اثنى عشر وجعل لولد الابن نصف السدس وللعم سدسه وهذا أعدل الطريقين لما فى الطريق الآخر من اسقاط ولد الابن مع أن احتمال توريثه

كاحتمال توريث العم وهكذا تصنع فى الثلاثة وما كان أكثر منها ، ويكفى هذا القدر من هذا الباب فإنه نادر قل ما يحتاج اليه واجتماع خنثيين وأكثر نادر النادر ولم يسمع بوجوده فلا حاجة إلى التطويل فيه .

(فصل) وقد وجدنا فى عصرنا شيئا شبيها بهذا لم يذكره الفرضيون ولم يسمعوا به ، فإنا وجدنا شخصين ليس لهما فى قبلهما مخرج. لا ذكر ولا فرج ، أما أحدهما فذكر وأنه ليس له فى قبله إلا لحمة ناتئة كالربوة يرشح البول منها رشحا على الدوام وأرسل الينا يسألنا عن حكمه فى الصلاة والتحرز من النجاسة فى هذه السنة وهى سنة عشر وستمائة .

والثانى : شخص ليس له إلا مخرج واحد فيما بين المخرجين منه يتغوط ومنه يبول . وسألت من أخبرنى عنه عن زيه . فأخبرنى أنه إنما يلبس لباس النساء ويخالطهن ويغزل معهن ويعد نفسه امرأة . وحدثت أن فى بعض بلاد العجم شخصا ليس له مخرج أصلا لا قبل ولا دبر وإنما يتقايأ ما يأكله وما يشربه . فهذا وما أشبهه فى معنى الخنثى الا أنه لا يمكن اعتباره بمباله ، فإن لم يكن له علامة أخرى فهو مشكل ينبغى أن يثبت له حكم الخنثى المشكل فى ميراثه وأحكامه كلها والله تعالى أعلم .

(مسألة) قال (وابن الملاعنة ترثه أمه وعصبتها فإن خلف أما وخالا فلأمه الثلث وما بقى فللخال)

وجملته : أن الرجل إذا لاعن امرأته ونفى ولدها وفرق الحاكم بينهما انتفى ولدها عنه وانقطع تعصيبه من جهة الملاعن فلم يرثه هو ولا أحد من عصباته ، وترث أمه وذوو الفروض منه فروضهم وينقطع التوارث بين الزوجين ، لا نعلم بين أهل العلم فى هذه الجملة خلافا ، وأما إن مات أحدهم قبل تمام اللعان من الزوجين ورثه الآخران فى قول الجمهور .

وقال الشافعى رضى الله عنه : إذا كمل الزوج لعانه لم يتوارثا ، وقال مالك ان مات الزوج بعد لعانه فإن لاعنت المرأة لم ترث ولم تحد ، وإن لم تلاعن ورثت وحدت وان ماتت هى بعد لعان الزوج ورثها فى قول جميعهم إلا الشافعى رضى الله عنه

وإن تم اللعان بينهما فمات أحدهما قبل تفريق الحاكم بينهما ففيه روايتان :

إحداهما لا يتوارثان ، وهو قول مالك وزفر ، وروى نحو ذلك عن الزهرى وربيعة والأوزاعى وداود ، لأن اللعان يقتضى التحريم المؤبد ، فلم يعتبر فى حصول الفرقة به التفريق بينهما كالرضاع .

والرواية الثانية : يتوارثان مالم يفرق الحاكم بينهما ، وهو قول أبى حنيفة وصاحبيه ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم فرق بين المتلاعنين ، ولو حصل التفريق باللعان لم يحتج الى تفريقه . وإن فرق الحاكم بينهما قبل تمام اللعان لم تقع الفرقة ولم ينقطع التوارث فى قول الجمهور .

وقال أبو حنيفة وصاحباه : إن فرق بينهما بعد أن تلاعنا ثلاثا وقعت الفرقة وانقطع التوارث لأنه وجد منهما معظم اللعان ، وان فرق بينهما قبل ذلك لم تقع الفرقة ولم ينقطع التوارث .

ولنا أنه تفريق قبل تمام اللعان فأشبه التفريق قبل الثلاث . وهذا خلاف فى توارث الزوجين . فأما الولد فالصحيح أنه ينتفى عن الملاعن إذا تم اللعان بينهما من غير اعتبار تفريق الحاكم ، لأن انتفاءه بنفيه لا بقول الحاكم فرقت بينكما ، فإن لم يذكره فى اللعان لم ينتف عن الملاعن ولم ينقطع التوارث بينهما

وقال أبو بكر : ينتفى بزوال الفراش وان لم يذكره ، لأن النبى (ص) نفى الولد عن الملاعن وألحقه بأمه ولم يذكره الرجل فى لعانه ، ويحقق ذلك أن الولد كان حملا فى البطن ، فقال النبى (ص) « انظروها فإن جاءت به أحيمر كأنه وحرة حمش الساقين فلا أراه الا قد كذب عليها ، وان جاءت به جعداً حاليا خدلج الساقين سابغ الإليتين فهو للذى رميت به » فأتت به على النعت المكروه .

اذا ثبت هذا عدنا الى مسألة الكتاب فنقول . اختلف أهل العلم فى ميراث الولد المنفى باللعان : فروى عن أحمد فيه روايتان :

احداهما ان عصبته عصبة أمه نقلها الأثرم . وحنبل يروى ذلك عن على وابن عباس وابن عمر : وبه قال الحسن وابن سيرين وجابر بن زيد وعطاء والشعبي

والنخعي والحكم وحماد والثوري والحسن بن صالح الا أن عليا يجعل ذا السهم من ذوى الأرحام أحق ممن لا سهم له وقدم الرد على غيره .

والرواية الثانية أن أمه عصبته ، فإن لم تكن فعصبتها عصبته ، نقله أبو الحارث ومهنا ، وهذا قول ابن مسعود ، وروى نحوه عن علي ومكحول والشعبي لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل ميراث ابن الملاعنة لأمه ولورثتها من بعدها . ورواه أيضا مكحول عن النبي (ص) مرسلا ، وروى واثلة بن الأسقع عن النبي (ص) قال « تحوز المرأة ثلاثة مواريث : عتيقها ولقيطها وولدها الذي لاعنت عليه »

وعن عبيد الله بن عبيد بن عمير قال : كتبت الى صديق لى من أهل المدينة من بني زريق أسأله عن ولد الملاعنة لمن قضى به رسول الله (ص) فكتب الىّ انى سألت فأخبرت أنه قضى به لامه ، هي بمنزلة أبيه وأمه . رواهن أبو داود ، ولأنها قامت مقام أمه وأبيه فى انتسابه اليها ، فقامت مقامهما فى حيازة ميراثه ، ولأن عصبات الأم أدلوا بها فلم يرثوا معها كأقارب الأب معه ، وكان زيد بن ثابت يورث من ابن الملاعنة كما يورث من غير ابن الملاعنة ولا يجعلها عصبة ابنها ولا عصبتها عصبته ، فإن كانت أمه مولاة لقوم جعل الباقى من ميراثها لمولاها ، فإن لم تكن مولاة جعله لبيت المال

وعن ابن عباس نحوه وبه قال سعيد بن المسيب وعروة وسليمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز والزهرى وربيعة وأبو الزناد ومالك وأهل المدينة والشافعى وأبو حنيفة وصاحباه وأهل البصرة ، الا أن أبا حنيفة وأهل البصرة جعلوا الرد وذوى الأرحام أحق من بيت المال ، لان الميراث انما ثبت بالنص ولا نص فى توريث الام أكثر من الثلث ولا فى توريث الاخ من الام أكثر من السدس ولا فى توريث أبى الام وأشباهه من عصبات الام ، ولا قياس أيضا فلا وجه لاثباته

ووجـــه قول الخرقى قول النبي (ص) « ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقى فهو لأولى رجل ذكر » وأولى الرجل به أقارب أمه

وعن عمر رضى الله عنه أنه ألحق ولد الملاعنة بعصبة أمه ، وعن على (رض) أنه لما رجم المرأة دعا أولياءها فقال : هذا ابنكم ترثونه ولا يرثكم ، وان جنى

جناية فعليكم . حكاه الإمام أحمد عنه . ولان الأم لو كانت عصبة كأبيه لحجبت اخوته . ولان مولاها مولى أولادها فيجب أن تكون عصبتها عصبته كالاب فإذا خلف ابن الملاعنة أما وخالا فلأمه الثلث بلا خلاف والباقى للخاله لانه عصبة أمه وعلى الرواية الاخرى هو لها كله، وهذا قول على وابن مسعود وأبى حنيفة وموافقيه إلا أن ابن مسعود يعطيها إياه لكونها عصبة والباقون بالرد . وعند زيد الباقى لبيت المال فإن كان معهما مولى أم فلا شيء له عندنا .

وقال زيد ومن وافقه وأبو حنيفة الباقى له وإن لم يكن لامه عصبة إلا مولاها فالباقى له على الرواية التى اختارها الخرقى وعلى الاخرى هو للام وهو قول ابن مسعود لانها عصبة ابنها فإن لم يخلف إلا أمه فلها الثلث بالفرض والباقى بالرد وهو قول على وسائر من يرى الرد ، وفى الرواية الاخرى لها الباقى بالتعصيب وإن كان مع الام عصبة لها فهل يكون الباقى لها أو له؟ على روايتين، وان كان لها عصبات فهو لاقربهم منها على رواية الخرقى فإذا كان معها أبوها وأخوها فهو لابيها وان كان مكان أبيها جدها فهو بين أخيها وجدها نصفين ، وإن كان معهم ابنها وهو أخوه لامه فلا شيء لاخيها ويكون لامه الثلث ولاخيه السدس والباقى لاخيه أو ابن أخيه ، وان خلف أمه وأخاه وأخته فلكل واحد منهم السدس والباقى لاخيه دون أخته وان خلف ابن أخته وبنت أخته أو خاله وخالته فالباقى للذكر وان خلف أخته وابن أخته فللاخت السدس والباقى لابن أخته وعلى الرواية الاخرى الباقى للام فى هذه المواضع .

(فصل) ابن ملاعنة مات وترك بنتا وبنت ابن ومولى أمه الباقى لمولى الام فى قول الجمهور . وقال ابن مسعود : الرد أولى من المولى فإن كان معهم أم فلها السدس وفى الباقى روايتان .

إحداهما للمولى وهو قول الاكثرين

والثانية : للام . وهو قول ابن مسعود . فإن لم يكن معهم مولى فالباقى مردود عليهم فى إحدى الروايتين والاخرى هو للأم ، فإن كان معهم أخ فلا شيء له بالفرض وله الباقى فى رواية والاخرى هو للام . بنت وأخ أو ابن أخ أو خال أو

أبو أم أو غيرهم من العصبات : للبنت النصف والباقي للعصبة في قول العبادلة .
وان كان معها أخ وأخت أو ابن أخ وأخته أو خال أو خالة فالباقي للذكر وحده في قولهم . وقال أبو حنيفة وأصحابه : المال للبنت بالفرض والرد . وروى عن علي عليه السلام انه جعل ذا السهم أحق ممن لا سهم له ، وأنه ورث من ابن الملاعنة ذوى أرحامه كما لا يرثون من غيره . قال ابن اللبان : وليس هذا محفوظا عن علي وانما المشهور عنه قوله لأولياء المرجومة عن ابنها : هذا ابنكم ترثونه ولا يرثكم وان جنى جناية فعليكم ، وفسر القاضي قول أحمد ان لم تكن أم فعصبتها عصبته بتقديم الرد على عصبة الام ، كقوله في أخت وابن أخ المال كله للاخت ، وهذا تفسير للكلام بضد ما يقتضيه وحمل اللفظ على خلاف ظاهره ، وانما هذه الرواية كمذهب ابن مسعود ، ورواية الشعبي عن علي وعبد الله أنهما قالا : عصبة ابن الملاعنة أمه ترث ماله أجمع فإن لم تكن أم فعصبتها عصبته . امرأة وجدة وأختان وابن أخ للمرأة الربع وللجدة السدس وللاختين الثلث والباقي لابن الاخ في الروايتين جميعا . وقال ابو حنيفه : الباقي يرد على الاختين والجدة . وهو قول القاضي في الرواية الثانيه : أبو أم وبنت وابن أخ وبنت أخ الباقي لابن الاخ وحده ، ويحتمل أن يكون لاب الام سدس باقي المال وخمسة أسداسه لابن الاخ وقال ابو حنيفه . المال بين أم الام والبنت على أربعه بالفرض والرد

(فصل) فإن لم يترك ابن الملاعنة ذا سهم فالمال لعصبة أمه في قول الجماعة : وقد روى ذلك عن علي . وقال أبو حنيفة وأصحابه : هو بين ذوى الارحام كميراث غيره ، ورووه عن علي عليه السلام ، وذلك مثل خال وخالة وابن أخ وأخته المال للذكر . وفي قول أبي حنيفة هو بينهما في المسألتين نصفين : خالة لأب وأم وخال لأب المال للخال : وقال أبو حنيفه هو للخالة : خالة وبنت بنت المال بينهما على أربعة ، واذا لم يخلف ابن الملاعنة الا ذا رحم : لحكمهم في ميراثه كحكمهم في ميراث غيره على ما تقدم شرحه

(فصل) واذا قسم ميراث الملاعنه ثم أكذب الملاعن نفسه لحقه الولد ونقضت القسمة . وقال ابو حنيفة : لا يلحق النسب بعد موته الا أن يكونا توأمين

مات أحدهما وأكذب نفسه والآخر باق فيلحقه نسب الباقي والميت معا وقد مضى الكلام معه في غير هذا الموضع .

(فصل) ولو كان المنفي باللعان توأمين ولها ابن آخر من الزوج لم ينفه فمات أحد التوأمين فميراث توأمه منه كميراث الاخر في قول الجمهور . وقال مالك يرثه توأمه ميراث ابن لأبوين لأنه أخوه لأبويه بدليل أن الزوج لو أقر بأحدهما لحقه الاخر . وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي رضي الله عنه . ولنا أنهما توأمان لم يثبت لهما أب ينتسبان اليه فأشبها توأمي الزانية ولا خلاف في توأمي الزانية وفارق هذا ما إذا استلحق أحدهما لأنه يثبت باستلحاقه أنه أبوه .

(فصـــل)

قولهم إن الأم عصبة ولدها أو أن عصبتها عصبة إنما هو في الميراث خاصة كقولنا في الأخوات مع البنات . فعلى هذا لا يعقلون عنه ولا يثبت لهم ولاية التزويج ولا غيره . وهذا قول الأكثرين . وروى عن على رضي الله عنه أنه قال لأولياء المرجومة في ولدها: هذا ابنكم يرثكم ولا ترثونه ؛ وان جنى فعليكم ، وروى هذا عن عبد الله وإبراهيم .

ولنا أنهم إنما ينتسبون اليه بقرابة الأم فلم يعقلوا عنـــه ولم يثبت لهم ولاية التزويج كما لو علم أبوه ولا يلزم من التعصيب في الميراث التعصيب في العقل والتزويج بدليل الأخوات مع البنات . فأما ان أعتق ابن الملاعنة عبداً ثم مات المولى وخلف أم مولاه وأخا مولاه احتمل أن يثبت لهما الإرث بالولاء لأن التعصيب ثابت ، وحكى ذلك عن أبي يوسف وهل يكون للام أو للاخ ؟ على الروايتين . ويحتمل أن لا يثبت لهما ميراث لأن النساء لا يرثن من الولاء إلا من أعتقن أو أعتق من أعتقن فكذلك من يدلي بهن وما ذكرناه للاحتمال الأول يبطل بالأخوات مع البنات ومن عصبهن أخوهن من الإناث .

(فصـــل في ميراث ابن ابن الملاعنة) إذا خلف أمه وأم أبيه وهي الملاعنة فلأمه الثلث والباقي لها بالرد وهذا قول على . وعلى الرواية الأخرى الباقي لأم أبيه لأنها عصبة أبيه . وهذا قول ابن مسعود . ويعايا بها فيقال جدة ورثت مع أم أكبر منها . وإن خلف جدتيه فالمال بينهما بالفرض والرد على قول على ،

وفى قول ابن مسعود السدس بينهما فرضا وباقى المال لام أبيه ، أم أم وخال أب لام الام السدس ، وفى الباقى القولان .

أحدهما : أنه لها بالرد . والثانى : لخال الأب ، وفى قول على الكل للجدة : خال وعم وخال أب وأبو أم أب المال للعم لانه أبو الملاعنة فإن لم يكن عم فلابى أم الاب لأنه أبوها فان لم يكن فلخال الأب فإن لم يكن فللخال لأنه ذو رحمه . بنت وعم للبنت النصف والباقى للعم ، وفى قول على الكل للبنت لانه يقدم الرد على توريث عصبة أمه

بنت وأم وخال المال بين البنت والأم على أربعة بالفرض والرد ولا شيء للخال لانه ليس بعصبة الملاعنة ، ولو كان بدل الخال خال أب كان الباقى له لأنه عصبة الملاعنة . فأما ابن ابن ابن الملاعنة فإذا خلف عمه وعم أبيه فالمال لعمه لانه عصبته وهذا ينبغى أن يكون إجماعا . وقد قال بعض الناس يحتمل أن يكون عم الاب أولى لأنه ابن الملاعنة وهذا غلط بين لأن العصبات إنما يعتبر أقربهم من الميت لا من آبائه .

وان خلف ثلاث جدات متحاذيات فالسدس بينهن والباقى رد عليهن فى إحدى الروايتين ، وهو قول على ، وفى الثانية لام أبى أبيه ، وهو قول ابن مسعود ، وان خلف أمه وجدته وجدة أبيه فلأمه الثلث ولا شيء لجدته ، وفى الباقى روايتان إحداهما : يرد على الأم : والثانية : لجدة أبيه ، وان خلف خاله وخال أبيه وخال جده فالمال لخال جده فإن لم يكن فلخاله ولا شيء لخال أبيه ، فأما ولد بنت الملاعنة فليست الملاعنة عصبة لهم فى قول الجميع لان لهم نسبا معروفا من جهة أبيهم وهو زوج بنت الملاعنة ، ولو أعتقت بنت الملاعنة عبداً ثم ماتت ثم مات المولى وخلف أم مولاته ورثت مال المولى لأنها عصبة لبنتها والبنت عصبة لمولاها فى أحد الوجهين وقد ذكرناهما فى ابن الملاعنة .

(فصل) والحكم فى ميراث ولد الزنا فى جميع ما ذكرنا كالحكم فى ولد الملاعنة على ما ذكرنا من الأقوال والاختلاف الا أن الحسن بن صالح قال : عصبة ولد الزنا سائر المسلمين لان أمه ليست فراشا بخلاف ولد الملاعنة والجمهور على التسوية بينهما لانقطاع نسب كل واحد منهما من أبيه إلا ان ولد الملاعنة

يلحق الملاعن إذا استلحقه وولد الزنا لا يلحق الزاني في قول الجمهور . وقال الحسن وابن سيرين يلحق الواطىء إذا أقيم عليه الحد ويرثه ، وقال إبراهيم : يلحقه إذا جلد الحد أو ملك الموطوءة ، وقال إسحاق : يلحقه ، وذكر عن عروة وسليمان ابن يسار نحوه ، وروى علي بن عاصم عن أبي حنيفة أنه قال لا أرى بأسا إذا زنا الرجل بالمرأة فحملت منه أن يتزوجها مع حملها ويستر عليها والولد ولد له وأجمعوا على أنه إذا ولد على فراش رجل فادعاه آخر أنه لا يلحقه ، وإنما الخلاف فيما إذا ولد على غير فراش .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش وللعاهر الحجر » ولأنه لا يلحق به إذا لم يستلحقه فلم يلحق به بحال كما لو كانت أمه فراشا أو كما لو لم يجلد الحد عند من اعتبره .

« مسألة » قال (والعبد لا يرث ولا مال له فيورث عنه)

لا نعلم خلافا في أن العبد لا يرث إلا ما روي عن ابن مسعود في رجل مات وترك أبا مملوكا يشترى من ماله ثم يعتق فيرث وقاله الحسن ، وحكي عن طاوس أن العبد يرث ويكون ما ورثه لسيده ككسبه وكما لو وصى له ولأنه تصح الوصية له فيرث كالحر .

ولنا أن فيه نقصاً منع كونه موروثاً فمنع كونه وارثاً كالمرتد ويفارق الوصية فإنها تصح لمولاه ولا ميراث له وقياسهم ينتقض بمختلفي الدين ، وقول ابن مسعود لا يصح لأن الأب رقيق حين موت ابنه فلم يرثه كسائر الأقارب ، وذلك لأن الميراث صار لأهله بالموت فلم ينتقل عنهم الى غيرهم ، وأجمعوا على أن المملوك لا يورث وذلك لأنه لا مال له فيورث فإنه لا يملك ، ومن قال انه يملك بالتمليك فملكه ناقص غير مستقر يزول الى سيده بزوال ملكه عن رقبته بدليل قوله عليه السلام « من باع عبداً وله مال فماله للبائع الا أن يشترطه المبتاع » ولأن السيد أحق بمنافعه وأكسابه في حياته فكذلك بعد مماته ، وممن روي عنه أن العبد لا يرث ولا يورث ولا يحجب علي وزيد ، وبه قال الثوري ومالك والشافعي وإسحاق رضي الله عنه وأصحاب الرأي .

(فصل) ويرث الأسير الذي مع الكفار اذا علمت حياته في قول عامة الفقهاء الا سعيد بن المسيب فإنه قال : لا يرث لأنه عبد : وليس بصحيح لأن الكفار لا يملكون الاحرار بالقهر فهو باق على حريته فيرث كالمطلق .

(فصل) والمدبر وأم الولد كالقن لانهم رقيق بدليل أن النبي (ص) باع مدبراً وأم الولد مملوكة يجوز لسيدها وطؤها بحكم الملك وتزويجها واجارتها ، وحكمها حكم الامة في جميع أحكامها الا فيما ينقل الملك فيها أو يراد له كالرهن .

(فصل) فأما المكاتب فإن لم يملك قدر ما عليه فهو عبد لا يرث ولا يورث وان ملك قدر ما يؤدي ففيه روايتان :

احداهما : أنه عبد ما بقي عليه درهم لا يرث ولا يورث ، يروى ذلك عن عمر وزيد بن ثابت وابن عمر وعائشة وأم سلمة وعمر بن عبد العزيز والشافعي (رض) وأبي ثور ، وعن ابن المسيب وشريح والزهري ونحوه ، لما روى أبو داود بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » .

وفي لفظ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أيما عبد كاتب على مائة أوقية فأداها الا عشر أواق فهو عبد : وأيما عبد كاتب على مائة دينار فأداها الا عشرة دنانير فهو عبد » وعن محمد بن المنكدر وعمر بن عبد الله مولى غفرة وعبد الله بن عبدة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعتاب بن أسيد « من كاتب مكاتبا فهو احق به حتى يقضي كتابته » .

وقال القاضي وابو الخطاب : اذا ادى المكاتب ثلاثة ارباع كتابته وعجز عن الربع عتق لان ذلك يجب ايفاؤه للمكاتب فلا يجوز ابقاؤه على الرق لعجزه عما يجب رده اليه .

والرواية الثانية : انه اذا ملك ما يؤدي فقد صار حراً يرث ويورث فإذا مات له من يرثه ورث وان مات فلسيده بقية كتابته والباقي لورثته لما روى ابو داود بإسناده عن ام سلمة قالت : قال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا كان لإحداكن مكاتب وكان عنده ما يؤدي فلتحتجب منه » .

وروى الحكم عن علي وابن مسعود وشريح يعطى سيده من تركته ما بقى من كتابته ، فإن فضل شيء كان لورثة المكاتب . وروى نحوه عن الزهرى ، وبه قال ابن المسيب وابو سلمة بن عبد الرحمن والنخعى والشعبى والحسن ومنصور ومالك وابو حنيفة غير ان مالكا جعل من كان معه فى كتابته احق ممن لم يكن معه ، قال فى مكاتب هلك وله اخ معه فى الكتابة وله ابن قال : ما فضل من كتابته لأخيه دون ابنه . وجعله ابو حنيفة عبداً ما دام حياً فإذا مات ادى من تركته باقى كتابته والباقى لورثته . وروى عن عمر رضى الله عنه انه قال على المنبر : انكم مكاتبون مكاتبين فأيهم أدى النصف فلا رق عليه . وعن على اذا أدى النصف فهو حر . وعن عروة نحوه . وعن الحسن اذا أدى الشطر فهو غريم ، وعن ابن مسعود وشريح نحوه . وعن ابن مسعود اذا أدى ثلثاً أو ربعا فهو غريم ، وعن ابن عباس اذا كتب الصحيفة فهو غريم .

وعن على رضى الله عنه قال : تجرى العتاقة فى المكاتب فى أول نجم . يعنى يعتق منه بقدر ما أدى . وعنه أنه قال يرث ويحجب ويعتق منه بقدر ما أدى . وقد روى حماد بن سلمة عن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اذا أصاب المكاتب حداً او ميراثاً ورث بحساب ما اعتق منه واقيم عليه الحد بحساب ما عتق منه » وفى رواية « يؤدى المكاتب بقدر ما عتق منه دية الحر وقدر ما رق منه دية العبد » قال يحي بن ابى كثير وكان على ومروان بن الحكم يقولان ذلك . وقد روى حديث ابن عباس عن عكرمة عن النبى صلى الله عليه وسلم مرسلا والحديث الذى رويناه لقولنا اصح منه ولا اعلم احداً من الفقهاء قال بهذا وما ذكرناه أولا أولى والله اعلم .

(مسألة) قال (ومن بعضه حر يرث ويورث ويحجب على مقدار ما فيه من الحرية)

وجملته : ان المعتق بعضه اذا كسب مالا ثم مات وخلفه نظر فيه فإن كان كسبه بجزئه الحر مثل ان كان قد هايأ سيده على منفعته فاكتسب فى أيامه أو ورث شيئاً فإن الميراث انما يستحقه بجزئه الحر أو كان قد قاسم سيده فى حياته فتركته

كلها لورثته لا حق لمالك باقيه فيها . وقال قوم جميع ما خلفه بينه وبين سيده ، قال ابن اللبان هذا غلط ، لأن الشريك إذا استوفى حقه من كسبه مرة لم يبق له حق فى الباقى ولا سبيل له على ما كسبه بنصفه الحر كما لو كان بين شريكين فاقتسما كسبه لم يكن لأحدهما حق فى حصة الآخر . والعبد يخلف أحد الشريكين فيما عتق منه . فأما إن لم يكن كسبه بجزئه الحر خاصة ولا اقتسما كسبه فلمالك باقيه من تركته بقدر ملكه فيه والباقى لورثته ، وإن مات له من يرثه فإنه يرث ويورث ويحجب على قدر ما فيه من الحرية ، وهذا قول على وابن مسعود رضى الله عنهما وبه قال عثمان البتى وحمزة الزيات وابن المبارك والمزنى وأهل الظاهر . وقال زيد بن ثابت لا يرث ولا يورث وأحكامه أحكام العبد . وبه قال مالك والشافعى رضى الله عنهما فى القديم جعلا ماله لمالك باقيه . قال ابن اللبان هذا غلط لأنه ليس لمالك باقيه على ما عتق منه ملك ولا ولاء . ولا هو ذو رحم . قال ابن شريح يحتمل على قول الشافعى رضى الله عنه القديم . أن يجعل فى بيت المال لأنه لا حق له فيما كسبه بجزئه الحر .

وقال الشافعى فى الجديد ما كسبه بجزئه الحر لورثته ولا يرث هو ممن مات شيئاً . وبه قال طاوس وعمرو بن دينار وأبو ثور . وقال ابن عباس هو كالحر فى جميع أحكامه فى توريثه والإرث منه وغيرهما ، وبه قال الحسن وجابر ابن زيد والشعبى والنخعى والحكم وحماد وابن أبى ليلى والثورى وأبو يوسف ومحمد واللؤلؤى ويحيى بن آدم وداود . وقال أبو حنيفة إن كان الذى لم يعتق استسعى العبد فله من تركته سعايته وله نصف ولائه . وإن كان أغرم الشريك فولاؤه كله للذى أعتق بعضه .

ولنا ما روى عبد الله بن أحمد حدثنا الرملى عن يزيد بن هارون عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال فى العبد يعتق بعضه ، يرث ويورث على قدر ما عتق منه ، ولأنه يجب أن يثبت لكل بعض حكمه كما لو كان الآخر مثله وقياساً لأحدهما على الآخر .

إذا ثبت هذا فالتفريع على قولنا لأن العمل على غيره واضح ، وكيفية توريثه أن يعطى من له فرض بقدر ما فيه من الحرية من فرضه ، وإن كان عصبة نظر

ماله مع الحرية الكاملة فأعطى بقدر ما فيه منها ، وإن كانا عصبتين لا يحجب أحدهما الآخر كابنين نصفهما حر ففيه وجهان .

أحدهما : تكمل الحرية فيهما بأن تضم الحرية من أحدهما إلى ما في الآخر منها فإن كمل منهما واحد ورثا جميعا ميراث ابن حر ، لأن نصفي شيء شيء كامل ، ثم يقسم ما ورثاه بينهما على قدر ما في كل واحد منهما فإذا كان ثلثا أحدهما حراً وثلث الآخر حراً كان ما ورثاه بينهما أثلاثا ، وإن نقص ما فيهما من الحرية عن حر كامل ورثا بقدر ما فيهما . وإن زاد على حر واحد وكان الجزءان فيهما سواء قسم ما يرثانه بينهما بالسوية . وإن اختلفا أعطى كل واحد منهما بقدر ما فيه . قال الخبرى : قال الأكثرون هذا قياس قول على رضى الله عنه .

والوجه الآخر : لا تكمل الحرية فيهما لأنهما لو كملت لم يظهر للرق أثر وكانا في ميراثهما كالحرين . وإن كان أحدهما يحجب الاخر فقد قيل فيهما وجهان أيضا ، والصحيح أن الحرية لا تكمل ههنا . لأن الشيء لا يكمل بما يسقطه ولا يجمع بينه وبين ما ينافيه وورثه بعضهم بالخطاب وتنزيل الأحوال وحجب بعضهم ببعض على مثال تنزيل الخطاب . وقال أبو يوسف بمعناه ، ومسائل ذلك ابن نصفه حر له نصف المال فإن كان معه ابن آخر نصفه حر فلهما المال في أحد الوجهين . وفي الاخر : لهما نصفه والباقي للعصبة أو لبيت المال إن لم تكن عصبة ، ويحتمل أن يكون لكل واحد منهما ثلاثة أثمان المال لأنهما لو كانا حرين لكان لكل واحد منهما النصف . ولو كانا رقيقين لم يكن لهما شيء . ولو كان الأكبر وحده حراً كان له المال ولا شيء للأصغر ، ولو كان الأصغر وحده حراً كان له كذلك ولكل واحد منهما في الأربعة أحوال مال ونصف فله ربع ذلك وهو ثلاثة أثمان فإن كان معهما ابن آخر ثلثه حر . فعلى الوجه الأول ينقسم المال بينهم على ثمانية كما تقسم مسألة المباهلة ، وعلى الثاني يقسم النصف بينهم على ثمانية .

وفيه وجه آخر : يقسم الثلث بينهم أثلاثا ثم يقسم السدس بين صاحبي النصفين نصفين ، وعلى تنزيل الأحوال يحتمل أن يكون لكل واحد ممن نصفه حر سدس المال وثمنه ولمن ثلثه حر ثلثا ذلك وهو تسع المال ونصف سدسه ، لأن

لكل واحد المال فى حال ونصفه فى حالين وثلثه فى حال فيكون له مالان وثلث فى ثمانية أحوال فنعطيه ثمن ذلك وهو سدس وثمن ويعطى من ثلثه حر ثلثيه وهو تسع ونصف سدس : ابن حر وابن نصفه حر المال بينهما على ثلاثة على الوجه الأول وعلى الثانى النصف بينهما نصفان والباقى للحر فيكون للحر ثلاثة أرباع وللآخر الربع . ولو نزلتهما بالأحوال أفضى إلى هذا لأن للحر المال فى حال ونصفه فى حال فله نصفهما وهو ثلاثة أرباع وللآخر نصفه فى حال فله نصف ذلك وهو الربع ، ولو خاطبتهما لقلت للحر : لك المال لو كان أخوك رقيقا ، ونصفه لو كان حراً فقد حجبك بحريته عن النصف فنصفها يحجبك عن الربع يبقى لك ثلاثه أرباع . ويقال للآخر لك النصف لو كنت حراً : فإذا كان نصفك حراً فلك نصفه وهو الربع ، ابن ثلثاه حر ، وابن ثلثه حر ، على الأول المال بينهما أثلاثا ، وعلى الثانى الثلث بينهما ، وللآخر ثلث فيكون له النصف وللآخر السدس ، وقيل الثلثان بينهما أثلاثا ، وبالخطاب تقول لمن ثلثاه حر : لو كنت وحدك حراً كان المال لك ولو كنتما حرين كان لك النصف فقد حجبك بحريته عن النصف فبثلثها يحجبك عن السدس يبقى لك خمسة أسداس . لو كنت حراً فلك بثلثى حريته خمسة أتساع ، ويقال للآخر : يحجبك أخوك بثلثى حريته عن ثلثى النصف وهو الثلث يبقى لك الثلثان فلك بثلث حريتهم ثلث ذلك وهو التسعان ويبقى التسعان للعصبة إن كان أو ذى رحم فإن لم يكن فى بيت المال : ابن حر وبنت نصفها حر للابن خمسة أسداس المال وللبنت سدسه فى الخطاب والتنزيل جميعا . ومن جمع الحرية أفضى قوله الى أن له أربعة أخماس المال ولها الخمس فإن كانت بنت حرة وابن نصفه حر وعصبة فللابن الثلث ولها ربع وسدس ، ومن جمع الحرية فيهما جعل المال بينهما نصفين ابن وبنت نصفهما حر وعصبة فمن جمع الحرية فثلاثة أرباع المال بينهما على ثلاثة .

وقال بعض البصريين النصف بينهما على ثلاثة ، ومن ورث بالتنزيل والاحوال قال : للابن المال فى حال وثلثاه فى حال فله ربع ذلك ربع وسدس وللبنت نصف ذلك ثمن ونصف سدس والباقى للعصبة ، وان شئت قلت ان قدرناهما حرين فهى من ثلاثة وان قدرنا البنت وحدها حرة فهى من اثنين وان قدرنا الابن

وحده حراً فالمال له ، وان قدرناهما رقيقين فالمال للعصبة فتضرب اثنين فى ثلاثة تكن ستة ثم فى أربعة أحوال تكن أربعة وعشرين فللابن المال فى حال ستة وثلثاه فى حال أربعة صار له عشرة وللبنت النصف فى حال والثلث فى حال خمسة وللعصبة المال فى حال ونصفه فى حال تسعة فإن لم تكن عصبة جعلت للبنت فى حال حريتها المال كله بالفرض والرد فيكون لها مال وثلث فتجعل لها ربع ذلك وهو الثلث . فإن كان معهما امرأة وأم حرتان كملت الحرية فيهما فحجبا الأم إلى السدس والمرأة إلى الثمن لأن كل واحد منهما لو انفرد لحجب نصف الحجب فإذا اجتمعا اجتمع الحجب . ومن ورث بالاحوال والتنزيل قال : للأم السدس فى ثلاثة أحوال والثلث فى حال فلها ربع ذلك وهو سدس وثلث وثمن وللمرأة الثمن فى ثلاثة أحوال والربع فى حال فلها ربع ذلك وهو الثمن وربع الثمن وللابن الباقى فى حال وثلثاه فى حال فله ربعه وللبنت ثلث الباقى فى حال والنصف فى حال فلها ربعه ، وإن لم يكن فى المسألة عصبة فللبنت بالفرض والرد أحد وعشرون من اثنين وثلاثين مكان النصف وللأم سبعة مكان السدس وتصح المسألة إذا لم يكن فيها رد بالبسط من مائتين وثمانية وثمانين سهماً الأم منها ستون وللمرأة خمسة وأربعون ، وللابن خمسة وثمانون ، وللبنت ثلاثة وخمسون والباقى للعصبة ، وقياس قول من جمع الحرية فى الحجب أن يجمع الحرية فى التوريث فيجعل لهما ثلاثة أرباع الباقى .

وقال ابن اللبان : لهما ستة عشر من ثمانية وأربعين لانهما لو كان حرين لكان لهما سبعة عشر من أربعة وعشرين فيكون لهما بنصف حريتهم نصف ذلك وهذا غلط . لانه جعل حجب كل واحد منهما لصاحبه بنصف حريته كحجبه إياه بجميعها ولو ساغ هذا لكان لهم حال انفرادهما النصف بينهم من غير زيادة : ابن وأبوان نصف كل واحد منهم حر إن قدرناهم أحراراً فللابن الثلثان ، وان قدرناه حراً وحده فله المال ، وإن قدرنا معه أحد الابوين حرا فله خمسة أسداس فتجمع ذلك تجده ثلاثة أموال وثلثان فله ثمنها وهو ربع سدس وللاب المال فى حال وثلثاه فى حال وسدساه فى حالين فله ثمن ذلك ربع وللام الثلث فى حالين

والسدس فى حالين فلها الثمن والباقى للعصبة ، وإن عملتها بالبسط قلت ان قدرناهم أحرارا فهى من ستة ، وإن قدرنا الابن وحده حرا فهى من سهم فكذلك الاب ، وإن قدرنا الام وحدها حرة أو قدرناها مع حرية الاب فهى من ثلاثة ، وان قدرنا الابن مع الاب أو مع الام فهى من ستة ، وان قدرناهم رقيقا فالمال للعصبة وجميع المسائل تدخل فى ستة فتضربها فى الاحوال وهى ثمانية تكن ثمانية وأربعين وللابن المال فى حال ستة وثلثا فى حال أربعة وخمسة أسداسه فى حالين عشرة فذلك عشرون سهما من ثمانية وأربعين وللاب المال فى حال ستة وثلثاه فى حال وسدساه فى حالين وذلك اثنا عشر وللام الثلث فى حالين والسدس فى حالين وذلك ستة وهى الثمن ، وان كان ثلث كل واحد منهم حرا زدت على الستة نصفها تصير تسعة وتضربها فى الثمانية تكن اثنين وسبعين فللابن عشرون من اثنين وسبعين وهى السدس والتسع وللاب اثنا عشر وهى السدس وللام ستة وهى نصف السدس ولا تتغير سهامهم وانما صارت منسوبة الى اثنين وسبعين ، وان كان ربع كل واحد منهم حرا زدت على الستة مثلها . وقيل فيما اذا كان نصف كل واحد منهم حرا للام الثمن وللاب الربع وللابن النصف . ابن نصفه حر وأم حرة للام الربع وللابن النصف . وقيل له ثلاثة أثمان وهو نصف ما يبقى . فإن كان بدل الام أختا حرة فلها النصف ، وقيل لها نصف الباقى . لان الابن يحجبها بنصفه عن نصف فرضها . فإن كان نصفها حرا فلها الثمن على هذا القول وعلى الاول لها الربع . وان كان مع الابن أخت من أم أو أخ من أم فلكل واحد منهما نصف السدس . وان كان معه عصبة حر فله الباقى كله .

فصل

ابن نصفه حر وابن ابن حر المال بينهما فى قول الجميع الا الثورى قال لابن الابن الربع لانه محجوب بنصف الابن عن الربع فإن كان نصف الثانى حرا فله الربع فإن كان معهما ابن ابن ابن نصفه حر فله الثمن وقيل للأعلى النصف وللثانى النصف ، ولان فيهما حرية ابن وهذا قول أبى بكر . وقال سفيان لا شىء للثانى والثالث لان ما فيهما من الحرية محجوب بحرية الابن فان كان معهم أخ حرا أو غيره من العصبات فله الباقى ، وان كان نصفه حرا فله نصف ما بقى

إلا على القولين الآخرين ، ابن نصفه حر وابن ابن ثلثه حر وأخ ثلاثة أرباعه حر ، للأعلى النصف وللثانى ثلث الباقى وهو السدس وللأخ ثلاثة أرباع الباقى وهو الربع ، وعلى القول الآخر للابن النصف ولابن الابن الثلث والباقى للأخ ، ثلاثة إخوة مفترقين نصف كل واحد حر ، للأخ من الام نصف السدس وللاخ من الأبوين نصف الباقى وللاخ من الأب نصف الباقى ، وتصح من ثمانية وأربعين : للاخ من الأم أربعة وللاخ من الابوين اثنان وعشرون وللاخ من الأب أحد عشر ، وعلى القول الآخر للاخ من الام نصف السدس وللاخ من الابوين النصف وللاخ من الاب ما بقى ، فإن كان معهم بنت حرة فلها النصف ولا شىء للاخ من الام وللاخ من الابوين الربع وللاخ من الاب الثمن والباقى للعصبة ، وعلى القول الآخر الباقى للاخ من الابوين وحده ، فإن كان نصف البنت حراً فلها الربع وللاخ من الأم ربع السدس وللاخ من الابوين نصف الباقى وللاخ من الأب نصف الباقى .

(فصل) بنت نصفها حر لها الربع والباقى للعصبة ، فإن لم يكن عصبة فلها النصف بالفرض والرد والباقى لذوى الرحم . فإن لم يكن فلبيت المال ، فإن كان معها أم حرة فلها الربع لان البنت الحرة تحجبها عن السدس فنصفها يحجبها عن نصفه وإن كان معها امرأة فلها الثمن ونصف الثمن ، وإن كان معها أخ من أم فله نصف السدس ، وان كان معها بنت ابن فلها الثلث . لانها لو كانت كلها أمة لكان لبنت الإبن النصف ، ولو كانت حرة لكان لها السدس فقد حجبتها حريتها عن الثلث فنصفها يحجبها عن السدس ، وكل من ذكرنا إذا كان نصفه حراً فله نصف ماله فى الحرية ، وان كان ثلثه حراً فله ثلثه . وان كان معها بنت أخرى حرة فلها ربع المال وثلثه بينهما على ثلاثة عند من جمع الحرية فيهما ، لأن لهما بحرية نصفا ونصف حرية نصف كال الثلثين .

وفى الخطاب والتنزيل للحرة ربع وسدس وللاخرى سدس لأن نصف إحداهما يحجب الحرة عن نصف السدس فيبقى لها ربع وسدس ، والحرة تحجبها عن سدس كامل فيبقى لها سدس ، فإن كان نصفها رقيقا ومعهما عصبة فلهما ربع المال وسدسه بينهما : لانهما لو كانتا حرتين كان لهما الثلثين ولو كانت الكبرى وحدها

حرة كان لها النصف ، وكذلك الصغرى ، ولو كانتا أمتين كان المال للعصبة فقد كان لهما مال وثلثان فلهما ربع ذلك وهو ربع وسدس. وطريقها بالبسط أن تقول ، ولو كانتا حرتين فالمسألة من ثلاثة ، وان كانت الكبرى وحدها حرة فهي من اثنين ، وكذلك اذا كانت الصغرى وحدهاحرة ، وان كانتا أمتين فهي من سهم فتضرب اثنين فى ثلاثة تكن ستة ، ثم للكبرى نصف المال في حال ثلاثة وثلثه فى حال سهمان فى الأحوال الأربعة تكن أربعة وعشرين صار لها خمسة من أربعة وعشرين ، والاخرى مثل ذلك . وللعصبة المال فى حال ، والنصف فى حالين والثلث فى حال ذلك أربعة عشر سهما من أربعة وعشرين . ومن جمع الحرية فيهما جعل لهما النصف والباقي للعصبة . واذا لم يكن عصبة نزلتهما على تقدير الرد فيكون حكمها حكم اثنين نصف كل واحد منها حر على ما قلناه . ثلاث بنات ابن متنازلات نصف كل واحدة حر وعصبة للاولى الربع وللثانية السدس لأنها لو كانت حرة كان لها الثلث وللثالثة نصف السدس على قول البصريين ، لأنك تقول للسفلى لو كانتا أمتين كان لك النصف ، ولو كانت إحداهما حرة كان لك السدس . فبينهما ثلث . فتحجبك العلياء عن ربع والثانية عن نصف سدس فيبقى الك سدس لو كنت حرة ، فإذا كان نصفك حراً كان لك نصفه : وفى التنزيل للثالثة نصف الثمن وثلثه ، وذلك لأننا لو نزلنا كل واحدة حرة وحدها كان لها النصف . فهذه ثلاثة أحوال من اثنين اثنين . ولو كن إماء كان المال للعصبة ، ولو كن أحراراً كان للاولى النصف وللثانية السدس والثلث للعصبة ، ولو كانت الأولى والثانية حرتين فكذلك . ولو كانت الثانية والثالثة حرتين فللثانية النصف وللثالثة السدس والثلث للعصبة . فهذا أربعة أحوال من سته ، والمسائل كلها تدخل فيهافتضربها فى ثمانيه أحوال لكن ثمانيه وأربعين للعليا النصف فى أربعه أحوال اثنا عشر وهى الربع وللثانيه النصف فى حالين والسدس فى حالين وهى ثمانيه ، وذلك هو السدس ، وللثالثه النصف فى حال والسدس فى حالين وهو خمسه وهى نصف الثمن وثلثه

وقال قوم : تجمع الحريه فيهن فيكون فيهن حريه ونصف لهن بها ثلث وربع للاولى : وللثانيه ربعان وللثالثه نصف سدس ؛ فإن كان معهن رابعه

كان لها سدس ونصف آخر : ثلاث أخوات مفترقات نصف كل واحدة حر وأم حرة وعم . للتى من قبل الأبوين الربع وللتى من قبل الاب السدس وللتى من قبل الام نصف السدس ، وللام الثلث لانها لا تحجب الا باثنين من الاخوة والاخوات ولم تكمل الحريه في اثنين وللعم ما بقى . وهكذا لو كانت أخت حرة وأخرى نصفها حر وأم حرة . فللام الثلث لما ذكرناه

وقال الخبرى للام الربع وحجبها بالجزء ، كما تحجب بنصف البنت . والفرق بينهما ان الحجب بالولد غير مقدر ، بل هو مطلق فى الولد والجزء من الولد . وفى الإخوة مقدر باثنين فلا يثبت بأقل منهما . ولذلك لم تحجب بالواحد عن شيء أصلا وهذا قول ابن اللبان . وحكى القول الاول عن الشعبي وقال هذا غلط . وفى الباب اختلاف كثير وفروع قل ماتتفق وقل ماتجيء مسأله الا ويمكن عملها بقياس ماذكرناه

(مسأله) قال (واذا مات وخلف ابنين فاقر أحدهما باخ فله ثلث ما فى يده وان أقر باخت فلها خمس ما فى يده)

قد ذكرنا فى باب الاقرار من يثبت النسب بقوله ومن لا يثبت ، ونذكر ههنا ما يستحق المقر به من الميراث اذا لم يثبت نسبه ، فنقول اذا أقر بعض الورثه لمشارك فى الميراث فلم يثبت نسبه لزم المقر أن يدفع اليه فضل ما فى يده عن ميراثه وهذا قول مالك والاوزاعى والثورى وابن أبى ليلى والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم ووكيع واسحاق وأبى عبيد وأبى ثور وأهل البصرة

وقال النخعى وحماد وأبو حنيفه وأصحابه : يقاسمه ما فى يده . لأنه يقول أنا وأنت سواء فى ميراث أبينا . وكان ما أخذه المنكر تلف أو أخذته يد عاديه فيستوى فيما بقى ؛ وقال الشافعى رضى الله عنه وداود : لا يلزمه فى الظاهر دفع شيء اليه ، وهل يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى ؟ على قولين ، أصحهما لا يلزمه ، لانه لا يرث من لا يثبت نسبه ، وعلى قول الذى يلزمه دفع شيء اليه ، ففى قدره وجهان كالمذهبين المتقدمين .

ولنا على الشافعى رضى الله عنه أنه أقر بحق لمدعيه يمكن صدقه فيه ويد المقر عليه وهو متمكن من دفعه اليه فيلزمه ذلك ، كما لو أقر بعين ، ولانه اذا علم أن هذا

أخوه فله ثلث التركة ويتعين استحقاقه لها وفى يده بعضه وصاحبه يطلبه فلزمه دفعه اليه وحرم عليه منعه منه كما فى سائر المواضع ، وعدم ثبوت نسبه فى الظاهر لا يمنع وجوب دفعه اليه ، كما لو غصبه شيئا ولم تقم البينة بغصبه

ولنا على أبى حنيفة أنه أقر له بالفاضل عن ميراثه فلم يلزمه أكثر مما أقر به ، كما لو أقر له بشىء معين ، ولأنه حق يتعلق بمحل مشترك بإقرار أحد الشريكين فلم يلزمه أكثر من قسطه كما لو أقر أحد الشريكين على العبد بجنايه ، فعلى هذا اذا خلف ابنين فأقر أحدهما بأخ فللمقر له ثلث ما فى يد المقر وهو سدس المال ، لأنه يقول نحن ثلاثة لكل واحد منا الثلث وفى يدى النصف ، ففضل فى يدى لك السدس فيدفعه اليه وهو ثلث ما فى يده ؛ وفى قول أبى حنيفة يدفع اليه نصف ما فى يده وهو الربع ، وإن أقر باخت دفع اليها خمس ما فى يده لأنه يقول نحن أخوان وأخت فلك الخمس من جميع المال وهو خمس ما فى يدى وخمس ما فى يد أخى ، فيدفع اليها خمس ما فى يده ، وفى قولهم يدفع اليها ثلث ما فى يده .

(فصل) وإن أقر جميع الورثة بوارث أو أقر به الميت ليثبت نسبه منه ثبت نسبه ، سواء كان الورثه واحداً أو جماعة ، وبهذا قال النخعى والشافعى (رض) وقال أبو حنيفة ومالك وابن أبى ليلى والحسن بن صالح . لا يثبت نسبه ، والمشهور عن أبى يوسف أنه لا يثبت النسب إلا بإقرار ابنين ، ذكرين كانا أو أنثيين ، عدلين أو غير عدلين ، ونحوه عن مالك . وروى ابن اللبان قال أشعث بن سوار عن رجل من أهل المدينة قال : جاء رجل وأخته الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه ومعهما صبى فقالا هذا أخونا ، فقال لا ألحق بأبيكما من لم يقر به

ولنا أن عبد الله بن زمعة ادعى نسب ولد وليدة أبيه وقال : هذا أخى ولد على فراش أبى ، فقبل النبى صلى الله عليه وسلم قوله وأثبت النسب به : ولأن الوارث يقوم مقام موروثه، بدليل أنه يثبت باعترافه ماثبت باعتراف الموروث على نفسه من الدين وغيره كذا النسب ، ولأن الوارث يخلف الموروث فى حقوقه وهذا منها ، ولا خلاف بينهم فى وجوب دفع ميراثه اليه . إلا أن يكون المقر به يسقط المقر ، كأخ يقر بإبن أو ابن ابن أو أخ من أب يقر بأخ من أبوين ، فإن

الشافعى فى ظاهر مذهبه أثبت النسب ولم يورثه لئلا يكون إقراراً من غير وارث فثبوت ميراثه يفضى الى سقوط نسبه وميراثه

ولنا أنه إقرار من كل الورثة يثبت به النسب بمن يرث لو ثبت نسبه بغير إقراره فيجب أن يرث كما لو لم يسقطه . ولأنه ابن ثابت النسب لم يمنع إرثه مانع متفق عليه ، أشبه ما لو ثبت ببينة ، والاعتبار بكونه وارثا حالة الاقرار أو بكونه وارثا لولا الاقرار؛ بدليل أنه لو اعتبر الحال الثانى لم يثبت النسب اذا أقر بمشارك فى الميراث ، لأنه يكون إقراراً من بعض الورثة . فإن قالوا إنما ثبت لأن المقر به أيضا مقر بنفسه مدع لنسبه ، قلنا وههنا مثله فاستويا

فصل

إذا خلف إبنا واحداً فأقر بأخ من أبيه دفع اليه نصف ما فى يده فى قول الجميع ، فان أقر بعد بآخر فاتفقا عليه دفعا اليه ثلث ما فى أيديهما فى قول الجميع ، فان أنكر المقر به ثانيا المقر به الاول لم يثبت نسبه ، قال القاضى: هذا مثل العامة ، تقول أدخلنى أخرجك . وليس له أن يأخذ أكثر من ثلث ما فى أيديهما لانه لم يقر له بأكثر منه .

وقال الشافعى رضى الله عنه : يلزم المقر أن يغرم له نصف التركة لانه أتلفه عليه بإقراره الاول . ويحتمل أن لا يبطل نسب الاول لانه ثبت بقول من هو كل الورثة حال الإقرار . فان لم يصدق به الاول بالثانى لم يثبت نسبه ويدفع اليه المقر ثلث ما بقى فى يده لانه الفضل الذى فى يده ، ويحتمل أن يلزمه دفع ثلث جميع المال لانه فوته عليه بدفع النصف الى الاول وهو يقر أنه لا يستحق الا الثلث ، وسواء دفعه اليه بحكم الحاكم أو بغير حكمه لان اقراره علة حكم الحاكم ، وسواء علم بالحال عند اقراره الاول أو لم يعلم لان العمد والخطأ واحد فى ضمان ما يتلف ، وحكى نحو هذا عن شريك ، ويحتمل أنه ان علم بالثانى حين أقر بالاول وعلم أنه اذا أقر به بعد الاول لا يقبل ضمن لتفويته حق غيره بتفريطه ، وان لم يعلم لم يضمن لانه لم يجب عليه الإقرار بالاول اذا علمه، ولا يحوجه الى حاكم ، ومن فعل الواجب فقد أحسن وليس بخائن فلا يضمن ، وقيل هذا قياس قول الشافعى .

وقال أبو حنيفة : ان كان الدفع بحكم حاكم دفع الى الثانى نصف ما بقى فى يده

لأن حكم الحاكم كالأخذ منه كرها . وإن دفعه بغير حاكم دفع إلى الثانى ثلث جميع المال لأنه دفع إلى الاول ما ليس له تبرعا ، ولنا على الأول : أنه أقر بما يجب عليه الإقرار به فلم يضمن ما تلف به كما لو قطع الإمام يد السارق فسرى الى نفسه ، وإن أقر بعدهما بثالث فصدقاه ثبت نسبه وأخذ ربع ما فى يد كل واحد منهم اذا كان مع كل واحد ثلث المال وان كذباه لم يثبت نسبه وأخذ ربع ما فى يد المقر به وفى ضمانه له ما زاد التفصيل فى التى قبلها ، وعلى مثل قولنا قال ابن أبى ليلى وأهل المدينة وبعض أهل البصرة .

(فصـــل)

ومتى أردت معرفة الفضل فاضرب مسألة الاقرار فى مسألة الانكار ثم تضرب ما للمقر من مسألة الاقرار فى مسألة الانكار اذا كانتا متباينتين وتضرب ما للمنكر فى مسألة الانكار فى مسألة الاقرار فما كان بينهما فهو الفضل ، فإن لم يكن فى يده فضل فلا شىء للمقر له كثلاثة اخوة مفترقين أقر الأخ من الام بأخ أو أخت فلا شىء للمقر له لانه يقر على غيره وسواء أقر بأخ من أم أو غيره ، وعند أبى حنيفة ان أقر بأخ من أم فله نصف ما فى يده . وان أقر بأخ من أبوين فللمقر به خمسة أسباع ما فى يده . وان كن ثلاث أخوات مفترقات فأقرت الاخت من الام بأخ فإن كان فى المسألة عصبة فلا شىء له ، فان لم يكن فيها عصبة فله سدس ما بقى فى يدها . لان مسألة الانكار من خمسة . والاقرار من ستة اذا ضربت احداهما فى الاخرى كانت ثلاثين لها سهم من مسألة الانكار فى مسألة الاقرار ستة ولها فى الاقرار خمسة يفضل فى يدها سهم فهو للأخ من أى جهة كان ، وان أقرت الاخت من الاب بأخ لها صحت من تسعين لها عشرة ويفضل لأخيها ثمانية .

وان أقرت بأخ من أبوين دفعت اليه جميع ما فى يدها ، وان أقرت بأخ من أم أو بأم للبيت أو جدة أو بعصبة فله سدس ما فى يدها ، وان خلف أربع أخوات من أب وعما فأقر الاخوات بأخ لهن فلا شىء له ، وان أقررن بأخت من أبوين دفعن اليها ثلاثة أرباع ما فى أيديهن ، وان أقررن بأخت من أب فلها خمس ما فى أيديهن وأيتهن أقرت وحدها دفعت اليها مما فى يدها بقدر ذلك ،

وان أقرت احداهن بأخ وأخت فمسألة الاقرار من سبعة والانكار من ستة تضرب احداهما فى الاخرى تكن اثنين وأربعين لها سهم فى ستة وفى يدها سبعة يفضل فى يدها سهم لهما ، وان أقر الاربع بهما فضل لهما أربعة أسهم فان كان المقر بهما يتصادقان اقتسماها بينهم أثلاثا فان تجاحدا فلا شيء للاخ لانه يقر أنه لا حق له فى الثلثين ويكون المقر به للاخت لانها تدعى خمس الثلثين ، وان جحدته ولم يجحدها لم يلتفت الى جحدها لاقرار الأخوات المعروفات ، وان جحدها ولم تجحده احتمل أن يكون المقر به لها لاقراره بأنه لا يستحق شيئا من الثلثين وكونها تدعى من الثلثين مثل هذه الفضلة ، ويحتمل أن لا تستحق الا ثلث أربعة أسهم لاقرارها بها للأخ . والاول اولى ان شاء الله تعالى .

وان أقر العم بأخت او اخوات من اب او ابوين فلا شيء لهم . وان اقر بأخ او اخت من ام او بأم او جدة فللمقر له السدس . وان اقر بأخ من ابوين او من اب او بابنين من ولد الام فلهم جميع ما فى يده . وان خلف أما وأخا من ابوين فأقرت الام بأخ من ام او من ابوين فله السدس وهو نصف ما فى يدها ، وان اقرت بأخ من اب فصدقها الاخ من الابوين فله السدس وهو نصف ما فى يدها ولا شيء للمقر له ، وان لم يصدقها فقد اقرت له بما لا يدعيه فيحتمل ان يقر فى يدها ولا يصح اقرارها ويحتمل ان يصطلحا عليه لانه لا يخرج عنهما وقد اشكل امره ، ويحتمل ان يكون لبيت المال لانه مال لم يثبت له مستحق ولا يدعيه احد فان اقر الاخ بأخ له من ابوين فله ثلاثة اثمان ما فى يده لان مسألة الاقرار من اثني عشر له منها خمسة وفى يده ثمانية فالفاضل فى يده ثلاثة .

(فصل) اذا خلف ابنين فأقر الاكبر بأخوين فصدقه الاصغر فى احدهما ثبت نسب المتفق عليه فصاروا ثلاثة . ومسألة الاقرار اذاً من ثلاثة ، ومسألة الانكار من اربعة فتضرب مسألة الاقرار فى مسألة الانكار تكن اثنى عشر للاصغر سهم من مسألة الانكار فى مسألة الاقرار اربعة وللاكبر سهم فى مسألة الانكار ثلاثة وللمتفق عليه ان اقر بصاحبه مثل سهم الاكبر وان انكر مثل سهم الاصغر ، وذكر ابو الخطاب ان المتفق عليه ان صدق بصاحبه لم يأخذ من المنكر الا ربع ما فى يده لانه لا يدعى اكثر منه ويأخذ هو والمختلف فيه من

الأكبر نصف ما بيده فتصح من ثمانية المنكر ثلاثة أثمان وللمقر سهمان وللمتفق عليه سهمان وللآخر سهم .

وذكر ابن اللبان أن هذا قياس قول مالك والشافعى رضى الله عنه ، وفى هذا نظر لأن المنكر يقر أنه لا يستحق إلا الثلث وقد حضر من يدعى الزيادة فوجب دفعها إليه . ونظير هذا ما لو ادعى إنسان داراً فى يد رجل فأقر بها لغيره فقال المقر له إنما هى لهذا المدعى فإنها تدفع إليه .

وقد رد الخبرى على ابن اللبان هذا القول وقال على هذا يبقى مع المنكر ثلاثة أثمان وهو لا يدعى إلا الثلث وقد حضر من يدعى هذه الزيادة ولا منازع له فيها فيجب دفعها إليه . قال والصحيح أن يضم المتفق عليه السدس الذى يأخذه من المقر به فيضمه إلى النصف الذى بيد المقر بها فيقسمانه أثلاثا وتصح من تسعة للمنكر ثلاثة ولكل واحد من الآخرين سهمان ، وهذا قول أبى يوسف إذا تصادقا . ولا يستقيم هذا على قول من لم يلزم المقر أكثر من الفضل عن ميراثه لأن المقر بها والمتفق عليه لا ينقص ميراثه عن الربع ولم يحصل له على هذا القول إلا التسعان ، وقيل يدفع الأكبر إليهما نصف ما فى يده ويأخذ المتفق عليه من الأصغر ثلث ما فى يده فيحصل للأصغر الثلث وللأكبر الربع وللمتفق عليه السدس والثمن وللمختلف فيه الثمن . وتصح من أربعة وعشرين للأصغر ثمانية وللمتفق عليه سبعة وللأكبر ستة وللمختلف فيه ثلاثة ، وفيها أقوال كثيرة سوى هذا .

فصل . وإذا خلف ابنا فأقر بأخوين دفعة واحدة فتصادقا ثبت نسبهما ، وان تجاحدا فكذلك فى أحد الوجهين . لأن نسبهما ثبت بإقرار من هو كل الورثة قبلهما ؛ وفى الاخر لا يثبت لأن الاقرار بكل واحد منهما لم يصدر من كل الورثة ويدفع الى كل واحد منهما ثلث ما فى يده ، وان صدق أحدهما بصاحبه وجحده الاخر ثبت نسب المتفق عليه ، وفى الاخر وجهان ، ويدفع الى كل واحد منهما ثلث ما بقى فى يده .

(فصل) ولو خلف ثلاثة بنين فأقر أحدهم بأخ وأخت فصدقه أحد أخويه فى الأخ والاخر فى الأخت لم يثبت نسبهما ويدفع المقر بهما إليهما ثلث ما فى يده

ويدفع المقر بالأخ اليه ربع ما فى يده ويدفع المقر بالاخت اليها سبع ما فى يده فاصل المسألة ثلاثة أسهم ، سهم المقر يقسم بينه وبينهما على تسعة فله ستة ولهما ثلاثة ، وسهم المقر بالأخ بينهما على أربعة : له ثلاثة ولأخيه سهم . وسهم المقر بالأخت بينه وبينهما على ستة له خمسة ولها سهم وكلها متباينة فاضرب أربعة فى سبعة فى تسعة فى أصل المسألة تكن سبعمائة وستة وخمسين للمقر بهما ستة فى أربعة فى سبعة ، مائة وثمانية وستون وللمقر بالأخت ستة فى أربعة فى تسعة مائتان وستة عشر . وللمقر بالأخ ثلاثة فى سبعة فى تسعة مائة وتسعة وثمانون وللأخ المقر به سهمان فى أربعة فى سبعة ستة وخمسون وسهم فى ستة فى تسعة ثلاثة وستون فيجتمع له مائة وتسعة عشر وللاخت سهم فى أربعة فى سبعة ثمانية وعشرون وسهم فى أربعة فى تسعة ستة وثلاثون يجتمع لها أربعة وستون ولا فرق بين تصادقهما وتجاحدهما لأنه لا فضل فى يد أحدهما عن ميراثه . ولو كان فى هذه المسألة ابن رابع لم يصدقه فى واحد منهما كان أصل المسألة من أسهم على أحد عشر وسهم على تسعة وسهم على خمسة وسهم ينفرد به الجاحد فتصح المسألة من ألف وتسعمائة وثمانين سهما وطريق العمل فيها كالتى قبلها .

(فصل)

إذا خلف بنتا وأختا فأقرتا لصغيرة فقالت البنت هى أخت وقالت الأخت هى بنت فلها ثلث ما فى يد الاخت لا غير ، وهذا قول ابن أبى ليلى ولمحمد ابن الحسن واللؤلؤى ويحيى بن آدم تخبيط كثير يطول ذكره ، وان خلف امرأة وبنتا وأختا فأقررن بصغيرة فقالت المرأة هى امرأة ، وقالت البنت هى بنت ، وقالت الاخت هى أخت ، فقال الخبرى تعطى ثلث المال لانه أكثر ما يمكن أن يكون لها ويؤخذ من المقرات على حسب اقرارهن وقد أقرت لها البنت بأربعة أسهم من أربعة وعشرين وأقرت لها الاخت بأربعة ونصف وأقرت المرأة بسهم ونصف وذلك عشرة أسهم منها ثمانية وهى أربعة أخماسها نخذ لها من كل واحدة أربعة أخماس ما أقرت لها به واضرب المسألة فى خمسة تكن مائة وعشرين ومنها تصح فإذا بلغت الصغيرة فصدقت احداهن أخذت منها تمام ما أقرت لها به وردت على الباقيتين ما أخذته مما لا تستحقه ، وهذا قول أبى حنيفة ، وقال ابن أبى ليلى

يؤخذ لها من كل واحدة ما أقرت لها به وإذا بلغت فصدقت احداهن أمسكت ما أخذ لها منها وردت على الباقيتين الفضل الذى لا تستحقه عليها ، وهذا القول أصوب ان شاء الله تعالى ، لان فيه احتياطا على حقها .

ثلاثة اخوة لاب ادعت امرأة أنها أخت الميت لابيه وأمه فصدقها الاكبر ، وقال الاوسط هى أخت لام ، وقال الاصغر هى أخت لاب فان الاكبر يدفع اليها نصف ما فى يده ويدفع إليها الاوسط سدس ما فى يده ويدفع اليها الاصغر سبع ما فى يده . وتصح من مائة وستة وعشرين لان أصل مسألتهم ثلاثة فمسألة الاكبر من اثنين والثانى من ستة والثالث من سبعة والاثنان تدخل فى الستة فتضرب ستة فى سبعة تكن اثنين وأربعين فهذا ما فى يد كل واحد منهم فتأخذ من الاكبر نصفه أحدا وعشرين ومن الاوسط سدسه سبعة ، ومن الاصغر سبعه ستة صار لها أربعة وثلاثون ، وهذا قياس قول ابن أبى ليلى .

وفى قول أبى حنيفة تأخذ سبع ما فى يد الاصغر فيضم نصفه الى ما بيد أحدهما ونصفه الى ما بيد الاخر ويقاسم الاوسط على ثلاثة عشر له عشرة ولها ثلاثة فيضم الثلاثة الى ما بيد الاكبر ويقاسمه ما بيده على أربعة لها ثلاثة وله سهم فاجعل فى يد الاصغر أربعة عشر ليكون لسبعه نصف صحيح واضربها فى ثلاثة عشر تكن مائة واثنين وثمانين فهذا ما بيد كل واحد منهم تأخذ من الاصغر سبعه وهو ستة وعشرون تضم الى ما بيد كل واحد من اخوته ثلاثة عشر فيصير معهم مائة وخمسة وتسعون وتأخذ من الاوسط منها ثلاثة من ثلاثة عشر وهى خمسة وأربعون تضمها الى ما بيد الاكبر يصير معه مائتان وأربعون فتأخذ ثلاثة أرباعها وهى مائة وثمانون ويبقى له ستون ويبقى للاوسط مائة وخمسون وللاصغر مائة وستة وخمسون وترجع بالاختصار الى سدسها وهو أحد وتسعون .

(فصل) وإذا خلف ابنا فاقر بأخ ثم جحده لم يقبل جحده ولزمه أن يدفع اليه نصف ما بيده . فإن اقر بعد جحده بآخر احتمل ان لا يلزمه له شىء لانه لا فضل فى يده عن ميراثه ، وهذا قول ابن ابى ليلى . فإن كان لم يدفع الى الاول شيئا لزمه ان يدفع اليه نصف ما بيده ولا يلزمه للآخر شىء . ويحتمل ان يلزمه دفع النصف الباقى كله الى الثانى لانه فوته عليه ، وهذا قول زفر وبعض البصريين

ويحتمل أن يلزمه ثلث ما في يده للثاني لأنه الفضل الذي في يده على تقدير كونهم ثلاثة فيصير كما لو أقر من غير جحد الأول وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي رضي الله عنه . وقال أهل العراق إن كان دفع الى الأول بقضاء دفع الى الثاني نصف ما بقي في يده وإن كان دفعه بغير قضاء دفع الى الثاني ثلث جميع المال . وان خلف ابنين فاقر أحدهما بأخ ثم جحده ثم أقر بآخر لم يلزمه للثاني شيء لأنه لا فضل في يده ، وعلى الاحتمال الثاني يدفع اليه نصف ما بقي في يده وعلى الثالث يلزمه ربع ما بقي في يده ولا يثبت نسب واحد منهما في هذه الصورة ويثبت نسب المقر به الأول في المسألة الأولى دون الثاني .

فصل

إذا مات رجل وخلف ابنين فمات أحدهما وترك بنتاً فاقر الباقي بأخ له من أبيه ففي يده ثلاثة أرباع المال وهو يزعم أن له ربعاً وسدساً فيفضل في يده ثلث يرده على المقر به ، وان أقرت به البنت وحدها ففي يدها الربع وهي تزعم أن لها السدس يفضل في يدها نصف السدس تدفعه إلى المقر له ، وهذا قول ابن ليلى ، وقال أبو حنيفة : ان أقر الأخ دفع اليه نصف ما في يده ، وان أقرت البنت دفعت اليه خمسة أسباع ما في يدها لأنها تزعم أن له ربعا وسدسا وهو خمسة من اثني عشر ولها السدس وهو سهمان فيصير الجميع سبعة لها منها سهمان وله خمسة ، بنتان وعم ماتت إحداهما وخلفت ابنا وبنتا فاقرت البنت بخالة ففريضة الانكار من تسعة وفريضة الاقرار من سبعة وعشرين ولها منها سهمان وفي يدها ثلاثة فتدفع اليها سهما ، وان أقر بها الابن دفع اليها سهمين : وان أقرت بها البنت الباقية دفعت اليها التسع . وان أقر بها العم لم يدفع اليها شيئا .

وان أقر الابن بخال له فمسألة الاقرار من اثني عشر له منها سهمان وهما السدس يفضل في يده نصف تسع ، وان أقرت به أخته دفعت اليه ربع تسع ، فان أقرت به البنت الباقية فلها الربع وفي يدها الثلث فتدفع اليه نصف السدس ، وإن أقر به العم دفع اليه جميع ما في يده . ابنان مات أحدهما عن بنت ثم أقر الباقي منهما بأم لأبيه ففريضة الانكار من أربعة للمقر منها ثلاثة أرباعها وفريضة

الاقرار من اثنين وسبعين للمقر منها أربعون يفضل فى يده أربعة عشر سهما يدفعها الى المرأة التى أقر لها ، وترجع بالاختصار الى ستة وثلاثين للمقر منها عشرون وللبنت تسعة وللمقر لها سبعة . ومذهب أبى حنيفة تعمل كذلك الا أنه يجمع سهام الأم وهى سبعة عشر الى سهام المقر وهى أربعون فتقسم عليها ثلاثة أرباع المال فما أصاب كل واحد فهو له فتضرب سبعة وخمسين فى أربعة تكن مائتين وثمانية وعشرين فللبنت سهم فى سبعة وخمسين وللمقر أربعون فى ثلاثة تكن مائة وعشرين وللأم سبعة عشر فى ثلاثة أحد وخمسون . وان أقرت بهـا البنت فلها من فريضة الاقرار خمسة عشر سهما وفى يدها الربع وهو ثمانية عشر يفضل فى يدها ثلاثة تدفعها الى المقر لها ، وان أقر الابن بزوجة لأبيه وهى أم الميت الثانى فمسألة الاقرار من ستة وتسعين لها منها ستة وخمسون وفى يده ثلاثة أرباع يفضل معه ستة عشر سهما يدفعها الى المقر لها ويكون له ستة وخمسون ولها ستة عشر وللبنت أربعة وعشرون وترجع بالاختصار الى اثنى عشر لأن سهامهم كلها تتفق بالاثمان فيكون للمقر سبعة وللمقر لها سهمان وللبنت ثلاثه . وفى قول أبى حنيفة تضم سهام المقر لها وهى تسعة عشر الى سهام المقر فتكون خمسة وسبعين وتقسم عليها ثلاثة الارباع وهما يتفقان بالاثلاث فترجع السهام الى ثلثها خمسة وعشرون تضربها فى أربعة تكن مائة للبنت سهم فى خمسة وعشرين وللمرأة تسعة عشر فى سهم وللمقر ستة وخمسون ، وما جاء من هذا الباب فهذا طريق له

أبوان وابنتان اقتسموا التركة ثم أقروا ببنت للميت فقالت قد استوفيت نصيبى من تركة أبى فالفريضة فى الاقرار من ثمانية عشر للابوين ستة ولكل بنت أربعه فأسقط منها نصيب البنت المقر بها يبقى أربعة عشر للأبوين منها ستة ، وإنما أخذا ثلث الاربعة عشر وذلك أربعة أسهم وثلثا سهم فيبقى لهما فى يد البنتين سهم وثلث يأخذانها منهما فاضرب ثلاثة فى أربعة عشر تكن اثنين وأربعين فقد أخذ الابوان أربعة عشر وهما يستحقان ثمانيه عشر يبقى لهما أربعه يأخذانها منهما ويبقى للابنتين اربعة وعشرون ، وإن قالت قد استوفيت نصف نصيبى فأسقط سهمين من ثمانية عشر يبقى ستة عشر قد أخذا ثلثها خمسة وثلثا

ويبقى لها ثلثا سهم فإذا ضربتها فى ثلاثه كانت ثمانية وأربعين قد أخذا منها ستة عشر يبقى لهما سهمان .

(فصل) إذا أقر بعض الورثة بمن أعيلت له المسألة بمن يعصبه فيذهب العول مثل مسألة فيها زوج وأختان أقرت إحداهما بأخ لها فاضرب مسأله الاقرار وهى ثمانية فى مسألة الانكار وهى سبعة تكن ستة وخمسين للمنكرة سهمان فى مسألة الاقرار ستة عشر وللمقرة سهم فى مسأله الانكار سبعة يفضل فى يدها تسعة أسهم فيسال الزوج فإن أنكر أعطى ثلاثة فى ثمانية أربعة وعشرون ودفعت المقرة الى المقر له ما فضل فى يدها كله . وان أقر الزوج به فهو يدعى أربعة والأخ يدعى أربعة عشرة فتجمعها تكن ثمانيه عشر وتقسم عليها التسعه فتدفع الىالزوج سهمين وإلى الاخ سبعه . فإن أقرت الأختان به وأنكر الزوج دفع الى كل أخت سبعه والى الأخ أربعه عشر . ويبقى أربعه يقران بها للزوج وهو ينكرها ففيه ثلاثه أوجه ، أحدها : ان تقر فى يد من هى فى يده لأن اقراره بطل لعدم تصديق المقر له . والثانى : يصطلح عليها الزوج والأختان له نصفها ولهما نصفها لأنها لا تخرج عنهم ولا شيء فيها للأخ لانه لا يحتمل أن يكون له فيها شيء بحال .

الثالث : يؤخذ الى بيت المال لأنه مال لم يثبت له مالك . ومذهب أبى حنيفه رضى الله عنه فى الصورة الأولى ان أنكر الزوج أخذت المقرة سهميها من سبعة فتقسمها بينها وبين أختها على ثلاثه فتضرب ثلاثه فى سبعه تكن أحدا وعشرين لهما منها سته لها سهمان ولاختها أربعه ، وإن أقر الزوج ضم سهامه إلى سهميها تكن خمسه واقتسماها بينهم على سبعه للزوج أربعه وللاخ سهمان وللأخت سهم ثم تضرب سبعه فى سبعه تكن تسعه وأربعين ، ومنها تصح للمنكرة سهمان فى سبعه أربعه عشر وللزوج أربعه فى خمسه وللأخ سهمان فى خمسه وللمقرة سهم فى خمسه .

فإن خلفت أماً زوجا وأختا من أب فاقرت الاخت بأخ لها فمسألة الانكار من ثمانيه ومسأله الإقرار من ثمانيه عشر ويتفقان بالانصاف فاضرب نصف احداهما فى الأخرى تكن اثنين وسبعين للأم ثمانيه عشر . وفى يد المقر سبعه وعشرون ولها من مسألة الإقرار ثمانيه يفضل فى يدها تسعه عشر فيسال الزوج

فإن أنكر أخذ الأخ ستة عشر وبقيت ثلاثة أسهم فيها الأوجه الثلاثة ، وان أقر فهو يدعى تسعة لأنه يدعى تمام النصف والأخ يدعى ستة عشر فتضم التسعه الى الستة عشر تكن خمسه وعشرين والتسعه عشر لا توافقها فتضرب خمسة وعشرين في اثنين وسبعين تكن ألفاً وثمانمائة ثم كل من له شيء من اثنين وسبعين مضروب في خمسه وعشرين ومن له شيء من خمسه وعشرين مضروب في تسعه عشر

وسئل المغيرة الضبي عن هذه المسألة فأجاب بهذا ، وذكر أنه قول النخعي ، قال يحيى بن آدم . وهي في قول حماد وأبي حنيفه من عشرين سهما يعني للأم ربعها خمسه والباقي بين الزوج والأخ والأخت على قدر سهامهم من فريضه الإقرار ، للزوج تسعه وللأخ أربعه وللاخت سهمان . وان صدقتها الام وحدها دون الزوج أعطيت الام السدس والاخ والاخت الثلث بينهما على ثلاثه وللزوج ثلاثه أثمان ويبقى اثمن فيه الاوجه الثلاثه .

(فصـــل)

وان أقر وارث بمن لا يرث ويسقط به ميراثه كأخت من أب أقرت بأخ لها في مسألة فيها زوج وأخت من أبوين او أقرت بأخ من أبوين سقط ميراثها ويقسم المال بين الزوج والاخت نصفين ان صدقاها في الصورة الاولى ، وفي الثانيه للزوج النصف والباقي بين الأخ والأخت على ثلاثه ، وان كذباها فالمقر به هو السبع ففيه الاوجه الثلاثه في الصورة الاولى ويدفع الى الابوين في الصورة الثانيه وان خلفت زوجا وأما وأختين لام وأختين لاب فأقرت احداهما بأخ لها سقط ميراثها ولا شيء للاخ وللاخرى خمس المال والباقي بين سائر الورثه على سته إن أقروا فاضرب سته في خمسه تكن ثلاثين . وان أنكرت الأم فلها العشر أيضاً والباقي بين الزوج والاختين من الام على خمسه . وان أنكرته الأختان من الام فلهما الخمس أيضاً والباقي كله للزوج وتصح من عشرة ، وان أنكره الزوج فله خمس وعشر فيبقى خمس المال لا يدعيه أحد يقرون به للاخت المقرة وهي تقر به لهم ففيه الاوجه الثلاثه ، إلا أننا إذا قلنا يقسم بينهم فلا شيء فيه للاخت المنكرة ولا للمقر به بحال لانه لا يحتمل ان يكون لهما شيء بحال .

(فصل) إمرأة وعم ووصى لرجل بثلث ماله فأقرت المرأة والعم أنه أخو الميت وصدقهما ثبت نسبه وأخذ ميراثه ، وإن أقرت به المرأة وحدها فلم يصدقها المقر به لم يؤثر إقرارها شيئا وان صدقها الأخ وحده فللمرأة الربع بكماله إلا أن يجيز الوصيه وللعم النصف ويبقى الربع يدفع إلى الوصى ، وان صدقها العم ولم يصدقها الوصى فله الثلث وللمرأة الربع والباقى يقر به العم لمن لا يدعيه ففيه الاوجه الثلاثه ، وان أقر به العم وحده فصدقه الموصى له أخذ ميراثه وهو ثلاثة أرباع المال وللمرأة السدس ويبقى نصف السدس فيحتمل أن يكون لها لان الموصى له يعترف ببطلان الوصيه أو وقوفها على إجازة المرأة ولم تجزها ، ويحتمل أن يكون فيه الاوجه الثلاثة . وان لم يصدقه أخذ الثلث بالوصية والمرأة السدس بالميراث ويبقى النصف فيه الاوجه الثلاثة .

« مسألة » قال (والقاتل لا يرث المقتول عمداً كان القتل أو خطأ)

أجمع أهل العلم على أن قاتل العمد لا يرث من المقتول شيئا إلا ما حكى عن سعيد بن المسيب وابن جبير أنهما ورثاه ، وهو رأى الخوارج لأن آية الميراث تتناوله بعمومها فيجب العمل بها فيه ، ولا تعويل على هذا القول لشذوذه وقيام الدليل على خلافه ، فإن عمر رضى الله عنه أعطى دية ابن قتادة المذحجى لأخيه دون أبيه ، وكان حذفه بسيفه فقتله ، واشتهرت هذه القصة بين الصحابه رضى الله عنهم فلم تنكر فكانت إجماعا ، وقال عمر سمعت رسول الله (ص) يقول « ليس للقاتل شىء » رواه مالك فى موطئه والإمام أحمد بإسناده : وروى عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم نحوه ، رواه ابن اللبان بإسناده ، ورواهما ابن عبد البر فى كتابه .

وروى ابن عباس رضى الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من قتل قتيلا فإنه لا يرثه وإن لم يكن له وارث غيره وإن كان والده أو ولده فليس لقاتل ميراث » رواه الإمام أحمد بإسناده ، ولان توريث القاتل يفضى إلى تكثير القتل لان الوارث ربما استعجل موت موروثه ليأخذ ماله كما فعل الإسرائيلى

الذى قتل عمه ، فأنزل الله تعالى فيه قصة البقرة . وقيل ما ورث قاتل بعد عاميل ، وهو اسم القتيل .

وأما القتل خطأ فذهب كثير من أهل العلم إلى أنه لا يرث أيضا ، نص عليه أحمد ، ويروى ذلك عن عمر وعلى وزيد وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس. وروى نحوه عن أبى بكر رضى الله عنهم ، وبه قال شريح وعروة وطاوس وجابر بن زيد والنخعى والشعبى والثورى وشريك والحسن بن صالح ووكيع والشافعى ويحيى بن آدم وأصحاب الرأى ، وورثه قوم من المال دون الدية ، وروى ذلك عن سعيد بن المسيب وعمرو بن شعيب وعطاء والحسن ومجاهد والزهرى ومكحول والأوزاعى وابن أبى ذئب وأبى ثور وابن المنذر وداود ، وروى نحوه عن على لأن ميراثه ثابت بالكتاب والسنة ، تخصص قاتل العمد بالاجماع فوجب البقاء على الظاهر فيما سواه .

ولنا الأحاديث المذكورة ، ولأن من لا يرث من الدية لا يرث من غيرها كقاتل العمد والمخالف فى الدين والعمومات مخصصة بما ذكرناه

(فصل)

والقتل المانع من الارث هو القتل بغير حق ، وهو المضمون بقود أو دية أو كفارة ، كالعمد وشبه العمد ، والخطأ وما جرى مجرى الخطأ كالقتل بالسبب ، وقتل الصبى والمجنون والنائم ، وما ليس بمضمون بشىء مما ذكرنا لم يمنع الميراث . كالقتل قصاصا أو حدا أو دفعا عن نفسه . وقتل العادل الباغى أو من قصد مصلحة موليه بماله فعله من سقى دواء أو بط جراح فمات ، ومن أمره إنسان عاقل كبير ببط خراجه أو قطع سلعة منه فتلف بذلك ورثه فى ظاهر المذهب .

قال أحمد : إذا قتل العادل الباغى فى الحرب يرثه . ونقل محمد بن الحكم عن أحمد فى أربعة شهدوا على أختهم بالزنا فرجمت فرجموا مع الناس يرثونها ، هم غير قتله ، وعن أحمد رواية أخرى تدل على أن القتل يمنع الميراث بكل حال ، فإنه قال فى رواية ابنيه صالح وعبد الله : لا يرث العادل الباغى ولا يرث الباغى العادل وهذا يدل على أن القتل يمنع الميراث بكل حال ، وهذا ظاهر مذهب الشافعى أخذاً بظاهر لفظ الحديث . ولأنه قاتل . فأشبه الصبى والمجنون

وقال أبو حنيفة وصاحباه : كل قتل لا مأثم فيه لا يمنع الميراث ، كقتل الصبي والمجنون والنائم والساقط على إنسان من غير اختيار منه وسائق الدابة وقائدها وراكبها إذا قتلت بيدها أو فيها فإنه يرثه لانه قتل غير متهم فيه ولا مأثم فيه . فأشبه القتل فى الحد .

ولنا على أبى حنيفة وأصحابه عموم الاخبار خصصنا منها القتل الذى لا يضمن ففيما عداه يبقى على مقتضاها ، ولانه قتل مضمون فيمنع الميراث كالخطأ .

ولنا على الشافعى : أنه فعل مأذون فيه فلم يمنع الميراث كما لو أطعمه أو سقاه باختياره فأفضى إلى تلفه . ولانه حرم الميراث فى محل الوفاق كيلا يفضى إلى إيجاد القتل المحرم وزجراً عن إعدام النفس المعصومة، وفى مسألتنا حرمان الميراث يمنع إقامة الحدود الواجبة واستيفاء الحقوق المشروعة ولا يفضى إلى إيجاد قتل محرم فهو ضد ما ثبت فى الاصل ، ولا يصح القياس على قتل الصبي والمجنون لانه قتل محرم وتفويت نفس معصومة والتوريث يفضى إليه بخلاف مسألتنا .

إذا ثبت هذا فالمشارك فى القتل فى الميراث كالمنفرد به لانه يلزمه من الضمان بحسبه فلو شهد على موروثه مع جماعة ظلما فقتل لم يرثه وإن شهد بحق ورثه لانه غير مضمون .

(فصل) أربعة أخوة قتل أكبرهم الثانى ثم قتل الثالث الاصغر سقط القصاص عن الاكبر لان ميراث الثانى صار للثالث والاصغر نصفين فلما قتل الثالث الاصغر لم يرثه وورثه الاكبر فرجع إليه نصف دم نفسه وميراث الاصغر جميعه فسقط عنه القصاص لميراثه بعض دم نفسه وله القصاص على الاصغر ويرثه فى ظاهر المذهب فإن اقتص منه ورثه ويرث إخوته الثلاثة ، ولو أن ابنين قتل أحدهما أحد أبويهما وهما زوجان ثم قتل الآخر أباه الآخر سقط القصاص عن القاتل الاول ووجب على القاتل الثانى لان الاول لما قتل أباه ورث ماله ودمه أخوه وأمه ، فلما قتل الثانى أمه ورثها قاتل الاب فصار له من دم نفسه ثمنه فسقط القصاص عنه لذلك وله القصاص على الآخر فإن قتله ورثه فى ظاهر المذهب ، وإن جرح أحدهما أباه والآخر أمه وماتا فى حال واحدة ولا وارث لهما سواهما فلكل

واحد منهما مال الذى لم يقتله ولكل واحد منهما القصاص على صاحبه ، وكذلك لو قتل كل واحد منهما أحد الابوين ولم يكونا زوجين فلكل واحد منهما القصاص على أخيه إلا انه لا يمكن أحدهما الاستيفاء إلا بإبطال حق الآخر فيسقطان : وإن عفا أحدهما عن الآخر فللآخر قتل العافى ويرثه فى الظاهر وان بادر أحدهما فقتل أخاه سقط القصاص عنه وورثه فى الظاهر عنه : ويحتمل ألا يرثه ويجب القصاص عليه بقتله ، لان القصاصين لما تساويا وتعذر الجمع بين استيفائهما سقطا فلم يبق لهما حكم فيكون المستوفى منها معتدياً باستيفائه فلا يرث أخاه ويجب القصاص عليه بقتله .

وان أشكل كيفية موت الابوين . وادعى كل واحد منهما أن قتيله أولهما موتا خرج فى توريثهما ما ذكرناه فى الغرقى من توريث كل واحد من الميتين من الآخر ثم يرث كل واحد منهما بعض دم نفسه فيسقط القصاص عنهما . ومن لا يرى ذلك فالجواب فيها كالتى قبلها . ويحتمل أن يسقط القصاص بكل حال للشبهة وأن يكون لكل واحد دية الاخر وماله

« مسألة » قال (ولا يرث مسلم كافراً ولا كافر مسلما الا أن يكون معتقا فيأخذ ماله بالولاء)

أجمع أهل العلم على أن الكافر لا يرث المسلم . وقال جمهور الصحابة والفقهاء لا يرث المسلم الكافر . يروى هذا عن أبى بكر وعمر وعثمان وعلى وأسامة بن زيد وجابر بن عبد الله رضى الله عنهم ، وبه قال عمرو بن عثمان وعروة والزهرى وعطاء وطاوس والحسن وعمر بن عبد العزيز وعمرو بن دينار والثورى وأبو حنيفه وأصحابه ومالك والشافعى وعامة الفقهاء وعليه العمل

وروى عن عمر ومعاذ ومعاوية رضى الله عنهم أنهم ورثوا المسلم من الكافر ولم يورثوا الكافر من المسلم . وحكى ذلك عن محمد بن الحنفية وعلى بن الحسين وسعيد بن المسيب ومسروق وعبد الله بن معقل والشعبى والنخعى ويحيى بن يعمر واسحاق وليس بموثوق به عنهم ؛ فان أحمد قال: ليس بين الناس اختلاف فى أن المسلم لا يرث الكافر ، وروى ان يحيى بن يعمر احتج لقوله فقال حدثنى ابو الاسود

أن معاذاً حدثه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « الاسلام يزيد ولا ينقص » ولأننا ننكح نساءهم ولا ينكحون نساءنا فكذلك نرثهم ولا يرثوننا .

ولنا ما روى أسامة بن زيد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر » متفق عليه . وروى أبو داود بإسناده عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جـده عبد الله بن عمرو قال : قال رسول الله (ص) « لا يتوارث أهل ملتين شتى » ولأن الولاية منقطعة بين المسلم والكافر فلم يرثه كما لا يرث الكافر المسلم .

فأما حديثهم فيحتمل أنه أراد أن الإسلام يزيد بمن يسلم وبما يفتح من البلاد لأهل الإسلام ولا ينقص بمن يرتد لقلة من يرتد وكثرة من يسلم ، وعلى أن حديثهم مجمل وحديثنا مفسر ، وحديثهم لم يتفق على صحته وحديثنا متفق عليه فتعين تقديمه . والصحيح عن عمر أنه قال « لا نرث أهل الملل ولا يرثوننا » وقال في عمة الأشعث « يرثها أهل دينها » فأما المعتق إذا خالف دينه دين معتقه فسنذكره في باب الولاء إن شاء الله تعالى

(فصـــل)

فأما الكفار فيتوارثون إذا كان دينهم واحداً ، لا نعلم بين أهل العلم فيه خلافاً ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يرث المســـلم الكافر » دليل على أن بعضهم يرث بعضا . وقوله « لا يتوارث أهل ملتين شتى » دليل على أن أهل الملة الواحدة يرث بعضهم بعضا . وقول النبي صلى الله عليه وسلم « وهل ترك لنا عقيل من دار ؟ » دليل على أن عقيلا ورث أبا طالب دون جعفر وعلي ، لأنهما كانا مسلمين وكان عقيل على دين أبيه مقيما بمكة فباع رباعه بمكة ، فلذلك لما قيل للنبي صلى الله عليه وسلم « أين تنزل غداً ؟ قال : وهل ترك لنا عقيل من رباع » وقال عمر في عمة الأشعث بن قيس « يرثها أهل دينها » فإن اختلفت أديانهم فاختلف عن أحمد فروى عنه . أن الكفر كله ملة واحدة يرث بعضهم بعضا . رواه عنه حرب واختاره الخلال ، وبه قال حماد وابن شبرمة وأبو حنيفة والشافعي وداود لأن توريث الآباء من الأبناء والأبناء من الآباء مذكور في كتاب الله تعالى ذكراً عاما

فلا يترك إلا فيما استثناه الشرع ، وما لم يستثنه الشرع يبقى على العموم ، ولأن قول الله تعالى (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) عام فى جميعهم

وروى عن أحمد أن الكفر ملل مختلفة لا يرث بعضهم بعضا اختاره أبو بكر وهو قول كثير من أهل العلم ، لأن قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يتوارث أهل ملتين شتى » ينفي توارثهما ويخص عموم الكتاب ، ولم نسمع عن أحمد تصريحا بذكر أقسام الملل .

وقال القاضى أبو يعلى : الكفر ثلاث ملل : اليهودية والنصرانية ودين من عداهم ، لأن من عداهم يجمعهم أنهم لا كتاب لهم . وهذا قول شريح وعطاء وعمر بن عبد العزيز والضحاك والحكم والثورى والليث وشريك ومغيرة والضبي وابن أبي ليلى والحسن بن صالح ووكيع . وروى ذلك عن مالك . وروى عن النخعي والثورى القولان معا . ويحتمل كلام أحمد رضى الله عنه أن يكون الكفر مللا كثيرة فتكون المجوسية ملة وعبادة الأوثان ملة أخرى وعبادة الشمس ملة فلا يرث بعضهم بعضا ، روى ذلك عن علي ، وبه قال الزهرى وربيعة وطائفة من أهل المدينة وأهل البصرة وإسحاق ، وهو أصح الأقوال إن شاء الله تعالى لقول النبي (ص) « لا يتوارث أهل ملتين شتى » ولأن كل فريقين منهم لا موالاة بينهم ولا اتفاق فى دين فلم يرث بعضهم بعضا كالمسلمين والكفار والعمومات فى التوريث مخصوصة فيخص منها محل النزاع بالخبر والقياس . ولان مخالفينا قطعوا التوارث بين أهل الحرب وأهل دار الإسلام مع اتفاقهم فى الملة لانقطاع الموالاة فمع اختلاف الملة أولى . وقول من حصر الملة بعدم الكتاب غير صحيح فإن هذا وصف عدمى لا يقتضى حكما ولا جمعا . ثم لا بد لهذا الضابط من دليل يدل على اعتباره ثم قد افترق حكمهم فإن المجوس يقرون بالجزية وغيرهم لا يقر بها وهم مختلفون فى معبوداتهم ومعتقداتهم وآرائهم يستحل بعضهم دماء بعض ويكفر بعضهم بعضا فكانوا مللا كاليهود والنصارى . وقد روى ذلك عن على رضى الله عنه فان اسماعيل بن أبي خالد روى عن الشعبي عن علي عليه السلام « أنه جعل الكفر مللا مختلفة » ولم يعرف له مخالف فى الصحابة فيكون إجماعا .

(فصل) وقياس المذهب عندي أن الملة الواحدة يتوارثون وان اختلفت

ديارهم لأن العمومات من النصوص تقتضي توريثهم ولم يرد بتخصيصهم نص ولا إجماع ولا يصح فيهم قياس . فيجب العمل بعمومها . ومفهوم قوله عليه السلام لا يتوارث أهل ملتين شتى ، أن أهل الملة الواحدة يتوارثون . وضبطه بتوارث أهل ملتين شتى أن أهل الملة الواحدة يتوارثون وضبطه التوريث بالملة . والكفر والإسلام دليل على أن الإعتبار به دون غيره . ولأن مقتضى التوريث موجود فيجب العمل به ما لم يقم دليل على تحقق المانع : وقد نص أحمد فى رواية الأثرم ، فيمن دخل الينا بأمان فقتل أنه يبعث بديته الى ملكهم حتى يدفعها الى الورثة .

وقد روى ، أن عمرو بن أمية كان مع أهل بئر معونة فسلم ورجع الى المدينة فوجد رجلين فى طريقه من الحى الذى قتلوهم وكانا أتيا النبى (ص) فى أمان ولم يعلم عمرو فقتلهما ، فوداهما النبى (ص) ، ولا شك فى أنه بعث بديتهما الى أهلهما

وقال القاضى قياس المذهب عندى : أنه لا يرث حربى ذميا ولا ذمى حربيا لأن الموالاة بينهما منقطعة . وأما المستأمن فيرثه أهل الحرب وأهل دار الإسلام وبهذا قال الشافعى رضى الله عنه . وبه قال أبو حنيفة إلا أن المستأمن لا يرثه الذمى لأن دارهما مختلفة .

قال القاضى : ويرث أهل الحرب بعضهم بعضا سواء اتفقت ديارهم أو اختلفت وهذا قول الشافعى رضى الله عنه . وقال أبو حنيفة إذ اختلفت ديارهم بحيث كان لكل طائفة ملك ويرى بعضهم قتل بعض لم يتوارثا لأنهم لا موالاة بينهم أشبه أهل دار الحرب فجعلوا اتفاق الدار واختلافها ضابطا للتوريث وعدمه ولا نعلم فى هذا كله حجة من كتاب ولا سنة مع مخالفته لعموم النص المقتضى للتوريث ولم يعتبروا الدين فى اتفاقه ولا اختلافه مع ورود الخبر فيه وصحة العبرة فيها فان المسلمين يرث بعضهم بعضا : وان اختلفت الدار بهم فكذلك الكفار ، ولا يرث المسلم كافراً ولا الكافر مسلما لاختلاف الدين بهم . وكذلك لا يرث مختلفا الدين أحدهما من صاحبه شيئا .

، مسألة ، قال (والمرتد لا يرث أحداً إلا أن يرجع قبل قسمة الميراث)

لا نعلم خلافا بين أهل العلم فى أن المرتد لا يرث أحدا ، وهذا قول مالك

والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم وذلك لأنه لا يرث مسلما لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يرث كافر مسلما » ولا يرث كافراً لأنه يخالفه في حكم الدين لانه لا يقر على كفره فلم يثبت له حكم أهل الدين الذي انتقل اليه ولهذا لا تحل ذبيحته ولا نكاح نسائهم ، وان انتقلوا الى دين أهل الكتاب ، ولأن المرتد تزول أملاكه الثابتة له واستقرارها فلأن لا يثبت له ملك أولى ، ولو ارتد متوارثان فمات أحدهما لم يرثه الآخر ، فإن المرتد لا يرث ولا يورث وان رجع المرتد الى الإسلام قبل قسم الميراث قسم له على ماسنذكره في المسألة التي بعدها ان شاء الله تعالى .

(فصل) والزنديق كالمرتد فيما ذكرنا ، والزنديق هو الذي يظهر الإســلام ويستسر بالكفر وهو المنافق كان يسمى في عصر النبي صلى الله عليه وسلم منافقا ويسمى اليوم زنديقا ، قال أحمد : مال الزنديق في بيت المال .

(فصل) إذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح في الحال ، ولم يرث أحدهما الآخر ، وان كانت ردته بعد الدخول ففيه روايتان .

إحداهما . يتعجل الفرقة ، والأخرى : يقف على انقضاء العدة وأيهما مات لم يرثه الآخر .

« مسألة » قال ﴿ وكذلك من أسلم على ميراث قبل أن يقسم قسم له ﴾

اختلفت الرواية فيمن أسلم قبل قسم ميراث موروثه المسلم ، فنقل الأثرم ومحمد بن الحكم أنه يرث ، وروى نحو هذا عن عمر وعثمان والحسن بن علي وابن مسعود ، وبه قال جابر بن زيد والحسن ومكحول وقتادة وحميد وإياس ابن معاوية وإسحاق .

فعلى هذا إن أسلم قبل قسم بعض المال ورث مما بقي ، وبه قال الحسن ، ونقل أبو طالب فيمن أسلم بعد الموت لايرث قد وجبت المواريث لاهلها ، وهذا المشهور عن علي رضي الله عنه ، وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس والزهري وسليمان بن يسار والنخعي والحكم وأبو الزناد وأبو حنيفة ومالك والشافعي رضي الله عنه وعامة الفقهاء لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لايرث الكافر المسلم »

ولأن الملك قد انتقل بالموت الى المسلمين فلم يشاركهم من أسلم كما لو اقتسموا ولأن المانع من الإرث متحقق حال وجود الموت فلم يرث كما لو كان رقيقا فأعتق أو كما لو بقي على كفره .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « من أسلم على شيء فهو له » رواه سعيد من طريقين عن عروة وابن أبي مليكة عن النبي (ص) ، وروى أبو داود بإسناده عن ابن عباس قال : قال رسول الله (ص) « كل قسم قسم في الجاهلية فهو على ما قسم وكل قسم أدركه الإسلام فهو على قسم الاسلام » .

وروى ابن عبد البر بإسناده في التمهيد عن زيد بن قتادة العنبري « أن إنسانا من أهله مات على غير دين الاسلام فورثته أختي دوني وكانت على دينه ثم أن جدي أسلم وشهد مع النبي صلى الله عليه وسلم حنينا فتوفي فلبثت سنه وكان ترك ميراثا ثم أن أختي أسلمت فخاصمتني في الميراث الى عثمان رضي الله عنه فحدثه عبد الله بن أرقم أن عمر قضى : أنه من أسلم على ميراث قبل أن يقسم فله نصيبه فقضى به عثمان فذهبت بذلك الأول وشاركتني في هذا » وهذه قضية انتشرت فلم تنكر فكانت إجماعا ولأنه لو تجدد له صيد بعد موته وقع في شبكته التي نصبها في حياته لثبت له الملك فيه . ولو وقع إنسان في بئر حفرها لتعلق ضمانه بتركته بعد موته لجاز أن يتجدد حق من أسلم من ورثته بتركته ترغيبا في الاسلام وحثا عليه ، فأما اذا قسمت التركة وتعين حق كل وارث ثم أسلم فلا شيء له ، وان كان الوارث واحداً فاذا تصرف في التركة واحتازها كان بمنزلة قسمتها .

(فصل) ومن كان رقيقا حين موت موروثه فأعتق قبل القسمة لم يرث ، نص عليه أحمد رضي الله عنه في رواية محمد بن الحكم وفرق بين الاسلام والعتق وعلى هذا جمهور الفقهاء من الصحابة ومن بعدهم ، وروى عن ابن مسعود أنه سئل عن رجل مات وترك أباه عبداً فأعتق قبل أن يقسم ميراثه فقال له ميراثه .

وحكي عن مكحول وقتادة أنهما ورثا من أعتق قبل القسمة لأن المانع من الميراث زال قبل القسمة فأشبه ما لو أسلم ، قال أبو الحسن التميمي يخرج على قول من ورث المسلم أن يورث العبد إذا أعتق وليس بصحيح فإن الاسلام قربة وهو أعظم الطاعات ، والقرب ورد الشرع بالتأليف عليها فورد الشرع بتوريثه ترغيبا له

فى الإسلام وحثا عليه والعتق لا صنع له فيه ولا يحمد عليه فلم يصح قياسه عليه ولولا ما ورد من الأثر من توريث من أسلم لكان النظر يقتضى أن لا يرث من لم يكن من أهل الميراث حين الموت لأن الملك ينتقل به الى الورثة فيستحقونه فلا يبقى لمن حدث شيء، لكن خالفناه فى الاسلام للأثر. وليس فى العتق أثر يجب التسليم له ولا هو فى معنى ما فيه الأثر فيبقى على موجب القياس.

« مسألة » قال (ومتى قتل المرتد على ردته فماله فيء)

اختلفت الرواية عن أحمد فى مال المرتد إذا مات أو قتل على ردته فروى عنه أنه يكون فيئا فى بيت مال المسلمين. قال القاضى هو صحيح فى المذهب. وهو قول ابن عباس وربيعة ومالك وابن أبى ليلى والشافعى رضى الله عنه وأبى ثور وابن المنذر. وعن أحمد ما يدل على أنه لورثته من المسلمين. وروى ذلك عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه وعلى وابن مسعود رضى الله عنهم. وبه قال ابن المسيب وجابر بن زيد والحسن وعمر بن عبد العزيز وعطاء والشعبى والحكم والأوزاعى والثورى وابن شبرمة وأهل العراق وإسحاق، لأن الثورى وأبا حنيفة واللؤلؤى وإسحاق قالوا: ما اكتسبه فى ردته يكون فيئا. ولم يفرق أصحابنا بين تلاد ماله وطارفه، ووجه هذا القول أنه قول الخليفتين الراشدين فإنه يروى عن زيد بن ثابت قال « بعثنى أبو بكر عند رجوعه إلى أهل الردة أن أقسم أموالهم بين ورثتهم المسلمين » ولأن ردته ينتقل بها ماله فوجب أن ينتقل الى ورثته المسلمين كما لو انتقل بالموت.

وروى عن أحمد رواية: أن ماله لأهل دينه الذى اختاره إن كان منه من يرثه وإلا فهو فيء، وبه قال داود، وروى عن علقمة وسعيد بن أبى عروبة لأنه كافر فورثه أهل دينه كالحربى وسائر الكفار، والمشهور الأول، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » وقوله « لا يتوارث أهل ملتين شتى » ولأنه كافر فلا يرثه المسلم كالكافر الأصلى، ولأن ماله مال مرتد فأشبه الذى كسبه فى ردته، ولا يمكن جعله لأهل دينه لأنه لا يرثهم فلا يرثونه كغيرهم من أهل الأديان، ولأنه يخالفهم فى حكمهم فإنه لا يقر على ما انتقل اليه

ولا تؤكل له ذبيحة ولا يحل نكاحه إن كان إمرأة ، فأشبه الحربى مع الذمى ، فإن قيل : إذا جعلتموه فيئا فقد ورثتموه للمسلمين ، قلنا لا يأخذونه ميراثا بل يأخذونه فيئا كما يؤخذ مال الذمى إذا لم يخلف وارثا وكالعشور .

(فصل) والزنديق كالمرتد لايرث ولا يورث . وقال مالك فى الزنديق الذى يتهم بزى ورثته عند موته : ماله لورثته من المسلمين مثل من يرتد إذا حضره الموت قال وترثه زوجته سواء انقضت عدتها أو لم تنقض كالتى يطلقها زوجها فى مرض موته ليحرمها الميراث لأنه فار من ميراث من انعقد سبب ميراثه فورثه كالمطلقة فى مرض الموت .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « لا يرث المسلم الكافر » وقياس المذهب أن أحد الزوجين إذا ارتد فى مرض موته يرثه الآخر لأنه فعل ما يفسخ النكاح فى مرض موته فأشبه الطلاق وفعل المرأة ما يفسخ نكاحها ، ويخرج فى ميراث سائر الورثة مثل الزوجين فيكون مثل مذهب مالك ، وقال أبو يوسف : إذا ارتدت المريضة فماتت فى عدتها أو لحقت بدار الحرب ورثها زوجها .

وروى اللؤلؤى عن أبى حنيفة إذا ارتد الرجل فقتل على ردته ألحق بدار الحرب بانت منه إمرأته فإن كانت مدخولا بها ورثته اذا كان ذلك قبل انقضاء عدتها ، وإن كانت غير مدخولا بها بانت ولم ترثه ، وان ارتدت المرأة من غير مرض فماتت لم يرثها زوجها لأنها عندهم لاتقتل فلم تكن فارة من ميراثه بخلاف الرجل

فصل

وارتداد الزوجين معاً كارتداد أحدهما فى فسخ نكاحهما وعدم ميراث أحدهما من الآخر سواء لحقا بدار الحرب أو أقاما بدار الاسلام ، وبهذا قال مالك والشافعى . وقال أبو حنيفة : إذا ارتدا معا لم ينفسخ النكاح ولم يتوارثا لان المرتد لا يرث المرتد ما داما فى دار الاسلام فإن لحقا بدار الحرب توارثا

ولنا أنهما مرتدان فلم يتوارثا كما لو كانا فى دار الاسلام ، ولو ارتدا جميعاً ولهما أولاد صغار لم يتبعوهم فى ردتهم ولم يرثوا منهم شيئا ولم يجز استرقاقهم سواء لحقوهم بدار الحرب أو لم يلحقوهم ، وبهذا قال الشافعى رحمه الله .

وقال أبو حنيفة وأصحابه من ألحقوه بدار الحرب منهم يصير مرتداً يجوز سبيه ومن لم يلحقوه بدار الحرب فهو فى حكم الإسلام : فأما من ولد بعد الردة بستة أشهر فذكر الخرقى رضى الله عنه ما يدل على أنه يجوز استرقاقه . وهو قول أبى حنيفة وأحدقولى الشافعى : والقول الثانى : لا يسبون وهو منصوص الشافعى .

(فصل) فإذا لحق المرتد بدار الحرب وقف ماله فإن أسلم دفع اليه وان مات صار فيئا ، وبهذا قال مالك والشافعى رضى الله عنهما ، وجعل أهل العراق لحاقه بدار الحرب كموته فى زوال ملكه وصرف ماله الى من يصرف اليه اذا مات فإن عاد الى الاسلام فله ما وجد من ماله ولا يرجع على ورثته بشىء مما أتلفوه الا أن يكونوا اقتسموه بغير حكم حاكم ولم يختلفوا فيما اكتسبوه فى دار الحرب أو أخرجه من ماله الى دار الحرب أنه فىء : وقال أبو بكر عبد العزيز اذا ارتد المسلم زال ملكه عن ماله ولم يصح تصرفه فيه بشىء من التصرفات فإن أسلم رد اليه تمليكا مستأنفا : وقال أبو يوسف انما أحكم بموته يوم يختصمون فى ماله لا يوم لحاقه بدار الحرب .

ولنا أنه حر من أهل التصرف ويبقى ملكه بعد اسلامه فلم يحكم بزوال ملكه كما لو لم يرتد ويجب رد ما أخذ من ماله أو أتلف عليه كغيره .

(فصل ، ومتى مات الذمى ولا وارث له كان ماله فيئا ، وكذلك ما فضل من ماله عن وارثه كمن ليس له وارث الا أحد الزوجين فإن الفاضل عن ميراثه يكون فيئا لأنه مال ليس له مستحق معين فكان فيأ كمال الميت المسلم الذى لاوارث له .

(فصل) فى ميراث المجوس ومن جرى مجراهم ممن ينكح ذوات المحارم اذا أسلموا وتحاكموا الينا ، لا نعلم بين علماء المسلمين خلافا فى أنهم لا يرثون بنكاح ذوات المحارم . فأما غيره من الانكحة فكل نكاح اعتقدوا صحته وأقروا عليه بعد اسلامهم توارثوا به سواء وجد بشروطه المعتبرة فى نكاح المسلمين أو لم يوجد وما لا يقرون عليه بعد اسلامهم لا يتوارثون به والمجوس وغيرهم فى هذا سواء فلو طلق الكافر امرأته ثلاثا ثم نكحها ثم أسلما ومات أحدهما لم يقرا عليه ولم يتوارثا به ، وكذلك ان مات أحدهما قبل اسلامهما لم يتوارثا فى قول الجميع ، وان

تزوجها بغير شهود ثم مات أحدهما ورثه الاخر وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي رضي الله عنهما ، قال زفر واللؤلؤي لا يتوارثان ، وان تزوج امرأة في عدتها توارثا في ظاهر مذهب أحمد رضي الله عنه فإنه قال اذا أسلما وقد نكحها في العدة أقرا عليه ، وهذا قول أبي حنيفة .

وقال القاضي . ان أسلما بعد انقضاء العدة أقرا . وان أسلما قبل لم يقرا ، فعلى هذا ان مات أحدهما قبل انقضاء العدة لم يتوارثا وان مات بعده توارثا ، وهذا قول الشافعي رضي الله عنه وتأول القاضي رواية أحمد على من أسلم بعد انقضاء العدة ، وان تزوجها وهي حبلى من زوج أو زنا فالحكم فيه كالتي قبلها سواء لان الزنا موجب للعدة . وبهذا قال الشافعي رضي الله عنه في الحامل من زوج : وقال أبو حنيفة وأصحابه في الحامل من زوج لا يتوارثان : وقال أبو حنيفة والشافعي في الحامل من الزنا يتوارثان . وقال أبو يوسف وزفر واللؤلؤي لا يتوارثان وأصل الخلاف في الميراث الاختلاف فيما يقران عليه اذا أسلما أو تحاكما الينا ونذكر ذلك في موضعه ان شاء الله تعالى .

(فصل)

فأما القرابة فيرثون بجميعها اذا أمكن ذلك نص عليه أحمد وهو قولي عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وزيد في الصحيح عنه ، وبه قال النخعي والثوري وقتادة وابن أبي ليلى وأبو حنيفة وأصحابه ويحيى بن آدم واسحاق وداود والشافعي رضي الله عنهم في أحد قوليه واختاره ابن اللبان ، وعن زيد أنه ورثه بأقوى القرابتين وهي التي لا تسقط بحال ، وبه قال الحسن والزهري والاوزاعي ومالك والليث وحماد وهو الصحيح عن الشافعي ؛ وعن عمر بن عبد العزيز ومكحول والشعبي القولان جميعا : واحتجوا بأنهما قرابتان لا يورث بهما في الاسلام فلا يورث بهما في غيره كما لو أسقطت احداهما الاخرى .

ولنا أن الله تعالى فرض للأم الثلث وللاخت النصف فإذا كانت الام أختا وجب اعطاؤها ما فرض الله تعالى لهما في الاثنين كالشخصين ، ولانهما قرابتان ترث بكل واحدة منهما منفردة لا تحجب احداهما الاخرى ولا ترجح بها فترث

بهما مجتمعين كزوج هو ابن عم أو ابن عم هو أخ من أم وكذوى الأرحام المدلين بقرابتين . وقياسهم فاسد . لأن القرابتين فى الاصل تسقط إحداهما الاخرى إذا كانا فى شخصين فكذلك إذا كانتا فى شخص ، وقولهم : لا يورث بهما فى الإسلام ممنوع . فإنه إذا وجد ذلك من وطء شبهة فى الاسلام ورث بهما ، ثم ان امتناع الارث بها فى الاسلام لعدم وجودهما . ولو تصور وجودهما لورث بهما بدليل أنه قد ورث بنظيرهما فى ابن عم هو زوج أو اخ من أم .

قال ابن اللبان : واعتبارهم عندى فاسد من قبل أن الجدة تكون أختاً لأب فإن ورثوها بكونها جدة لكون الابن يسقط الأخت دونها لزمهم توريثها بكونها أختا لكون الأم تسقط الجدة دونها . وخالفوا نص الكتاب فى فرض الأخت وورثوا الجدة التى لا نص للكتاب فى فرضها وهو مختلف فيه . فنهم من قال هو طعمة وليس بفرض مستحق (١) ويلزمهم أن الميت إذا خلف أمه وأم أم هى أخت أن لا يورثوها شيئا لأن الجدودة محجوبة وهى أقوى القرابتين . وإن قالوا نورثها مع الأم بكونها أختا نقضوا اعتبارهم بكونها أقوى القرابتين وجعلوا الاخوة تارة أقوى وتارة أضعف ، وإن قالوا أقوى القرابتين الاخوة لأن ميراثها أوفر لزمهم فى أم هى أخت جعل الأخوة أقوى من جهة الأمومة . ويلزمهم فى إسقاط ميراثها مع الابن والأخ من الابوين ما لزم القائلين بتقديم الجدودة مع الأم . فإن قالوا توريثها بالقرابتين يفضى إلى حجب الام بنفسها إذا كانت أختا وللميت أخت أخرى .

قلنا : وما المانع من هذا ؟ فإن الله تعالى حجب الأم بالاختين بقوله (فإن كان له أخوة فلأمه السدس) من غير تقييد بغيرها ثم هم قد حجبوها عن ميراث الاخت بنفسها فقد دخلوا فيما أنكروه بل هو أعظم لانهم فروا من حجب التنقيص إلى حجب الاسقاط وأسقطوا الفرض الذى هو أوفر بالكلية محافظة على بعض الفرض الادنى وخالفوا مدلول أربعة نصوص من كتاب الله لانهم أعطوا الام الثلث ، وإنما فرض الله لها مع الاختين السدس .

---

(١) فى نسخة « مسمى »

(والثانى) أن الله تعالى إنما فرض لكل واحدة من الاختين ثلثا فأعطوا إحداهما النصف كاملا .

(والثالث) أن الله تعالى فرض للاختين الثلثين وهاتان أختان فلم يجعلوا لهما الثلثين (الرابع) أن مقتضى الآية أن يكون لكل واحدة من الاختين الثلث وهذه أخت فلم يعطوها بكونها أختا شيئا ، وهذا كله معنى كلام ابن اللبان .

(فصل) والمسائل التى تجتمع فيها قرابتان يصح الارث بهما ست .

(إحداهن) فى الذكور وهى عم هو أخ لام (وخمس) فى الاناث وهى بنت هى أخت أو بنت ابن وأم هى أخت وأم أم هى اخت لاب وأم اب هى اخت لام . فمن ورثهم بأقوى القرابتين ورثهم بالبنوة والامومة دون الاخوة وبنوة الابن .

واختلفوا فى الجدة إذا كانت أختا فمنهم من قال : الجدودة أقوى لانها جهة ولادة لا تسقط بالولد . ومنهم من قال : الاخوة اقوى لانها أكثر ميراثا ، قال ابن شريح وغيره : هو الصحيح . ومن ورث بأقوى القرابتين لم يحجب الام بإخوة نفسها إلا ما حكاه سحنون عن مالك انه حجبها بذلك والصحيح عنه الاول ومن ورث بالقرابتين حجبها بذلك . ومتى كانت البنت اختا والميت رجل فهى أخت لام وإن كان امرأة فهى اخت لاب . وإن قيل ام هى اخت لام او ام ام هى اخت لام او ام اب هى اخت لاب فهو محال .

(مسائل) من ذلك مجوسى تزوج ابنته فأولدها بنتا ثم مات عنهما فلهما الثلثان لانهما ابنتان ولا ترث الكبرى بالزوجية شيئا فى قولهم جميعا فإن ماتت الكبرى بعده فقد تركت بنتا هى اخت لاب فلها النصف بالبنوة والباقى بالاخوة ، وان ماتت الصغرى قبل الكبرى فقد تركت اما هى اخت لاب فلها النصف والثلث بالقرابتين ؛ ومن ورث بأقوى القرابتين لم يورثها بالاخوة شيئا فى المسألتين .

وقال ابن شريح : يحتمل قول الشافعى رضى الله عنه توريثها بالقرابتين فى المسألتين لانه لم يمنع توريث الشخص بفرض وتعصيب لتوريثه ابن العم اذا كان زوجا او اخا لام وانما منع الارث بفرضين ، فإن كان المجوسى أولدها بنتين

ثم مات وماتت الكبرى بعده فقد تركت بنتين هما أختان لاب وان لم تمت الكبرى بل ماتت احدى الصغيرتين فقد تركت أختا لابوين وأما هى أخت لاب فلامها السدس بكونها أما والسدس بكونها أختا لاب وانحجبت بنفسها وأختها عن السدس وللاخت النصف ، وعلى القول الآخر لها الثلث بالامومة ولا شىء لها بالاخوة ولا تنحجب بها وللاخت النصف فقد استوى الحكم فى القولين وان اختلف طريقهما . وعلى ما حكاه سحنون لها السدس وتنحجب بنفسها وأختها . وان اولدها المجوسى ابنا وبنتا ثم مات وماتت الصغرى بعده فقد خلفت اما هى اخت لاب وأخا لام وأب فلامها السدس والباقى للاخ ولا شىء للام بالاخوة لان الاخ للابوين يحجبها وعلى القول الآخر للام الثلث كاملا .

وان تزوج المجوسى أمه فأولدها بنتا ثم ماتت فلامه السدس ولابنته النصف ولا ترث أمه بالزوجية شيئا ولا ابنته بكونها اختا لام شيئا ، وان ماتت الكبرى بعده فقد خلفت بنتا هى بنت ابن فلها الثلثان بالقرابتين . وعلى القول الآخر لها النصف . وان ماتت الصغرى بعده فقد تركت اما هى ام اب فلها الثلث بالامومة لا غير على القولين جميعا ، وان تزوج ابنته فأولدها ابنة ثم تزوج الصغرى فأولدها بنتا ثم مات وماتت الكبرى بعده فقد تركت أختيها لابيها احداهما بنتها وبنت أبيها ، والاخرى بنت بنتها فلبنتها النصف والباقى بينهما .

وعلى القول الآخر لبنتها النصف والباقى للصغرى . وان ماتت الوسطى بعده فقد تركت أختيها احداهما أمها والاخرى بنتها فلامها السدس ولبنتها النصف والباقى بينهما . وعلى القول الآخر الباقى للعصبة . وان ماتت الصغرى بعده فقد خلفت اختيها احداهما امها والاخرى جدتها فلامها السدس والباقى بينهما وقد انحجبت الام بنفسها وبامها عن السدس .

وعلى القول الاخر من جعل الاخوة اقوى فللكبرى النصف وللوسطى الثلث والباقى للعصبة ، ومن جعل الجدودة أقوى لم يورث الكبرى شيئا لانها لا ترث بالاخوة لكونها ضعيفة ولا بالجدودة لكونها محجوبة بالامومة وان ماتت الصغرى بعد الوسطى فقد خلفت جدة هى اخت لاب فلها الثلث بالقرابتين ومن ورث باحداهما فلها السدس عند قوم وعند ابن شريح ومن وافقه

لها النصف وهو اختيار الخبرى . مجوسى تزوج أمه فأولدها بنتا ، ثم تزوج بنته فأولدها ابنا ، ثم تزوج الابن جدته فأولدها بنتا ثم مات المجوسى ثم ماتت أمه فقد خلفت بنتا هى بنت ابن وبنتا أخرى هى بنت ابن ابن وخلفت ابن ابن هو زوجها فلابنتها الثلثان والباقى بين الكبرى وابنها على ثلاثة وتصح من تسعة للكبرى أربعة وللصغرى ثلاثة وللذكر سهمان ، وعلى القول الاخر الباقى للذكر وحده فإن ماتت بعده بنته فإن الكبرى جدتها أم أبيها وهى أختها من أمها فلها السدسان بالقرابتين وفى الثانى لها السدس بإحداهما .

فصل

وإن وطىء مسلم بعض محارمه بشبهة أو اشتراها وهو لا يعرفها فوطئها فولدت له واتفق مثل هذه لانسان فالحكم فيها مثل هذا سواء

« مسئلة » قال (واذا غرق المتوارثان أو ماتا تحت هدم فجهل أولهما موتا ورث بعضهم من بعض)

وجملة ذلك أن المتوارثين إذا ماتا فجهل أولهما موتا ، فان أحمد قال أذهب الى قول عمر وعلى وشريح وابراهيم والشعبى : يرث بعضهم من بعض ، يعنى من تلاد ماله دون طارفه ، وهو ما ورثه من ميت معه . وهذا قول من ذكره الامام أحمد وهو قول إياس بن عبدالله المزنى وعطاء والحسن وحميد الأعرج وعبد الله بن عتبة وابن أبى ليلى والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم وإسحاق ؛ وحكى ذلك عن ابن مسعود ، قال الشعبي : وقع الطاعون بالشام عام عمواس ، فجعل أهل البيت يموتون من آخرهم ، فكتب فى ذلك إلى عمر رضى الله عنه ، فكتب عمر أن ورثوا بعضهم من بعض

وروى عن أبى بكر الصديق وزيد وابن عباس ومعاذ والحسن بن على رضى الله عنهم أنهم لم يورثوا بعضهم من بعض وجعلوا مال كل واحد للأحياء من ورثته وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو الزناد والزهرى والأوزاعى ومالك والشافعى رضى الله عنهم وأبو حنيفة وأصحابه ، ويروى ذلك عن عمر والحسن البصرى وراشد بن سعد وحكيم بن عمير وعبد الرحمن بن عوف

وروى عن أحمد ما يدل عليه ، فإنه قال فى امرأة وابنها ماتا فقال زوجها ماتت فورثناها ثم مات ابنى فورثته ، وقال أخوها مات ابنها فورثته ثم ماتت فورثناها حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه وكان ميراث الابن لابيه وميراث المرأة لأخيها وزوجها نصفين . فجعل ميراث كل واحد منهما للأحياء من ورثته ، فيحتمل أن يجعل هذا رواية عن أحمد فى جميع مسائل الباب ، ويحتمل أن يكون هذا قوله فيما إذا ادعى وارث كل ميت أن موروثه كان آخرهما موتا ويرث كل واحد منهما من الاخر إذا اتفق وراثهم على الجهل بكيفية موتهم ، لان مع التداعى تتوجه اليمين على المدعى عليه فيحلف على إبطال دعوى صاحبه ويتوفر الميراث له كما فى سائر الحقوق ، بخلاف ما إذا اتفقوا على الجهل فلا تتوجه يمين ، لان اليمين لايشرع فى موضع اتفقوا على الجهل به .

واحتج من قال بعدم توريث بعضهم من بعض بما روى سعيد حدثنا اسماعيل ابن عياش عن يحى بن سعيد « أن قتلى اليمامة وقتلى صفين والحرة لم يورثوا بعضهم من بعض وورثوا عصبتهم الأحياء »

وقال حدثنا عبد العزيز بن محمد عن جعفر بن محمد عن أبيه أن أم كلثوم بنت على توفيت هى وابنها زيد بن عمر فالتقت الصيحتان فى الطريق فلم يدر أيهما مات قبل صاحبه ، فلم ترثه ولم يرثها ، وأن أهل صفين وأهل الحرة لم يتوارثوا ، ولأن شرط التوريث حياة الوارث بعد موت الموروث ، وهو غير معلوم ولا يثبت التوريث مع الشك فى شرطه ، ولأنه لم تعلم حياته حين موت موروثه فلم يرثه ، كالحمل إذا وضعته ميتاً ، ولأن الأصل عدم التوريث فلا تثبته بالشك ، ولأن توريث كل واحد منهما خطأ يقينا لانه لا يخلو من أن يكون موتهما معاً أو سبق أحدهما به ، وتوريث السابق بالموت والميت معه خطأ يقينا مخالف للاجماع فكيف يعمل به ؟

فإن قيل ففى قطع التوريث قطع توريث المسبوق بالموت وهو خطأ أيضا . قلنا هذا غير متيقن لأنه يحتمل موتهما جميعا فلا يكون فيهما مسبوق ، وقد احتج بعض أصحابنا بما روى إياس بن عبد الله المزنى « أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن قوم وقع عليهم بيت ؟ فقال يرث بعضهم بعضا » والصحيح أن هذا إنما هو عن

إياس نفسه ، وأنه هو المسئول وليس براويه عن النبي (ص) . هكذا رواه سعيد في سننه وحكاه الإمام أحمد عنه .

وقال أبو ثور وشريح وطائفة من البصريين : يعطى كل وارث اليقين ويوقف المشكوك فيه حتى يتبين الأمر أو يصطلحوا . وقال الخبري : هذا هو الحكم فيما إذا علم موت أحدهما قبل صاحبه ولم يذكر فيه خلافاً

ومن مسائل ذلك : أخوان غرقا أحدهما مولى زيد والاخر مولى عمرو : من ورث كل واحد منهما من صاحبه جعل ميراث كل واحد منهما لمولى أخيه ومن لم يورث أحدهما من صاحبه جعل ميراث كل واحد منهما لمولاه . ومن قال بالوقف وقف مالهما . فإن ادعى كل واحد من المولين أن مولاه آخرهما موتا حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه وأخذ مال مولاه على مسألة الحرق ، وإن كانت لها أخت فلها الثلثان من مال كل واحد منهما على القول الاول والنصف على القول الثاني . وان خلف كل واحد منهما بنتا وزوجة : فمن لم يورث بعضهم من بعض صححها من ثمانية ، لامرأته الثمن ولابنته النصف والباقى لمولاه ، ومن ورثهم جعل الباقى لأخيه ثم قسمه بين ورثة أخيه على ثمانية ثم ضربها فى الثمانية الاولى فصحت من أربعة ، لامرأته ثمانيه ولابنته اثنان وثلاثون ولامرأة أخيه ثمن الباقى ثلاثة ولابنته اثنا عشر ولمولاه الباقى تسعة . أخ وأخت غرقا ولهما أم وعم وزوجان ، فمن ورث كل واحد من صاحبه جعل ميراث الاخ بين امرأته وأمه وأخته على ثلاثة عشر فما أصاب الأخت منها فهو بين زوجها وأمها وعمها على ستة فصحت المسألتان من ثلاثة عشر : لامرأة الاخ ثلاثة ولزوج الاخت ثلاثة وللأم أربعة بميراثهامن الاخ واثنان بميراثها من الاخت وللعم سهم وميراث الاخت بين زوجها وأمها وأخيها على ستة : لأخيها سهم بين أمه وامرأته وعمه على إثنى عشر تضربها فى الاولى تكن من اثنين وسبعين والضرر فى هذا القول على من يرث من أحد الميتين دون الاخر وينتفع به من يرث منهما .

ثلاثة إخوة من أبوين غرقوا ولهم أم أو عصبة فقدر موت أحدهم أولا فلامه السدس والباقى لاخويه فتصح من اثنى عشر لكل واحد من أخويه خمسة بين أمه وعصبته على ثلاثة فتضربها فى الاولى تكن ستة وثلاثين للأم من

ميراث الاول السدس ستة ومما ورثه كل واحد من الاخوين خمسة فصار لها ستة عشر والباقي للعصبة ولها من ميراث كل واحد من الاخوين مثل ذلك ، ذكر هذه المسألة أبو بكر .

ثلاثة إخوة مفترقين غرقوا وخلف كل واحد منهم أخته لابويه فقدر موت الاخ من الابوين أولا عن أخته من أبويه وأخويه من أبيه وأخويه من أمه ، فصحت مسألته من ثمانية عشر لاخيه من أمه . منها ثلاثة بين أخته من أبويه وأخته من أمه على أربعة وأصاب الاخ من الاب منها اثنين بين أخيه من أبويه وأخته من أبيه على أربعة فتجتزىء بإحديهما وتضربها فى الاولى تكن اثنين وسبعين ثم قدر موت الاخ من الام عن أخت لابوين وأخ وأخت لام فمسألته من خمسة أيضا تضربها فى الاولى تكن خمسة وعشرين ثم قدر موت الاخ من الاب عن أخت لابويه وأخ وأخت لابيه فهى من ستة ، ثم مات الاخ من الاب عن ثلاث أخوات مفترقات فهى من خمسة تضربها فى الاولى تكن ثلاثين فإن خلف بنتا وأخوين فلم يقتسموا التركة حتى غرق الاخوان وخلف أحدهما امرأة وبنتا وعما . وخلف الآخر ابنين وبنتين ، الاولى من أربعة ، مات أحدهم عن سهم ، ومسألته من ثمانية لاخيه منها ثلاثة بين أولاده على ستة رجعوا الى اثنين تضربها فى ثمانية تكن ستة عشر ، وفريضة الآخر من ستة يتفقان بالنصف ، فاضرب نصف إحداهما فى الاخرى تكن ثمانية وأربعين ، ثم فى أربعة تكن مائة واثنين وتسعين للبنت نصفها ولاولاد الاخ عن أبيهم ربعها وعن عمهم ثمانية عشر صار لهم ستة وستون ولامرأة الاخ ستة ولبنته أربعة وعشرون

(فصل) وان علم خروج روحهما معاً فى حال واحدة لم يرث أحدهما صاحبه وورث كل واحد الاحياء من ورثته لان توريثه مشروط بحياته بعده وقد علم انتفاء ذلك . وان علم أن أحدهما مات قبل صاحبه بعينه ثم أشكل أعطى كل وارث اليقين ووقف الباقي حتى يتبين الامر أو يصطلحوا . قال القاضي : وقياس المذهب أن يقسم على سبيل ميراث الغرقى الذين جهل حالهم ، وان ادعى ورثة كل ميت أنه آخرهما موتا فهي مسألة الغرقى رضي الله عنه . وقد نص فيها الامام أحمد رحمه الله

أن ورثة كل ميت يحلفون ويختصمون بميراثه . فيحتمل أن يقاس على هذه الصورة سائر الصور فيتخرج في الجميع روايتان ويحتمل أن يختص هذا الحكم بهذه الصورة دون غيرها لان هذه الصور فيها مدع ومنكر واليمين على من أنكر بخلاف بقية الصور والله أعلم .

« مسألة » قال (ومن لم يرث لم يحجب)

يعني من لم يرث لمعنى فيه كالمخالف في الدين والرقيق والقاتل فهذا لايحجب غيره في قول عامة أهل العلم من الصحابة والتابعين إلا ابن مسعود ومن وافقه فإنهم يحجبون الام والزوجين بالولد الكافر والقاتل والرقيق ويحجبون الام بالاخوة الذين هم كذلك ، وبه قال أبو ثور وداود وتابعه الحسن في القاتل دون غيره ولعلهم تمسكوا بعموم قوله تعالى (فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن) (وإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم) وقوله تعالى (ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد) وقوله (فإن كان له إخوة فلامه السدس) وهؤلاء أولاد وأخوة وعدم إرثهم لا يمنع حجبهم كالاخوة مع الأبوين يحجبون الأم ولا يرثون

ولنا أنه ولد لايحجب الاخوة من الام ولا يحجب ولده ولا الاب الى السدس فلم يحجب غيرهم كالميت . ولانه لا يؤثر في حجب غير الام والزوجين فلم يؤثر في حجبهم كالميت . والاية أريد بها ولد من أهل الميراث بدليل أنه لما قال (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) أراد به الوارث ولم يدخل هذا فيهم ، ولما قال (ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت) لم يدخل هذا فيهم .

وأما الاخوة مع الاب فهم من أهل الميراث . بدليل أنه لولا الاب لورثوا ، وإنما قدم عليهم غيرهم ومنعوا مع أهليتهم لأن غيرهم أولى منهم فامتناع إرثهم لمانع لا لانتفاء المقتضى .

(فصل)

فأما من لا يرث لحجب غيره له فإنه يحجب وإن لم يرث ، كالإخوة يحجبون الأم وهم محجوبون بالاب ، لأن عدم إرثهم لم يكن لمعنى فيهم ولا لانتفاء أهليتهم بل لتقديم غيرهم عليهم والمعنى الذي حجبوا به في حال إرثهم موجود مع

حجبهم عن الميراث بخلاف مسألتنا ، فعلى هذا اذا اجتمع أبوان وأخوان أو أختان فللأم السدس والباقى للأب ويحجب الاخوان الام عن السدس ولا يرثون شيئا ، ولو مات رجل وخلف أباه وأم أبيه وأم أم أمه لحجب الاب أمه عن الميراث وحجبت أمه أم أم الام على قول من يحجب الجدة بابنها والبعدى من الجدات بمن هى أقرب منها ويكون المال جميعه للأب

(فصل فى ميراث الحمل) اذا مات الانسان عن حمل يرثه وقف الامر حتى يتبين . فإن طالب الورثة بالقسمة لم يعطوا كل المال بغير خلاف الا ما حكى عن داود ، والصحيح عنه مثل قول الجماعة . ولكن يدفع الى من لا ينقصه الحمل ، كمال ميراثه والى من ينقصه أقل ما يصيبه ولا يدفع الى من يسقطه شىء . فأما من يشاركه فأكثر أهل العلم قالوا يوقف للحمل شىء ويدفع الى شركائه الباقى ، وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه والليث وشريك ويحيى بن آدم ، وهو رواية الربيع عن الشافعى ، والمشهور عنه أنه لا يدفع الى شركائه شىء لأن الحمل لا حد له ولا نعلم كم يترك له .

وقد حكى الماوردى قال : أخبرنى رجل من أهل اليمن ورد طالبا للعلم وكان من أهل الدين والفضل : أن امرأة ولدت باليمن شيئا كالكرش ، فظن أن لا ولد فيه ، فألقى على قارعة الطريق ، فلما طلعت الشمس وحمى بها تحرك فأخذ وشق فخرج منه سبعة أولاد ذكور وعاشوا جميعا وكانوا خلقا سويا ، الا أنه كان فى أعضادهم قصر ، قال وصارعنى أحدهم فصرعنى فكنت أعير به فيقال : صرعك سبع رجل .

وقد أخبرنى من أثق به سنة ثمان وستمائة أو سنة تسع عن ضرير بدمشق أنه قال: ولدت امرأتى فى هذه الايام سبعة فى بطن واحد ذكوراوإناثا، وكان بدمشق أم ولد لبعض كبرائها وتزوجت بعده من كان يقرأ علىّ وكانت تلد ثلاثة فى كل بطن . وقال غيره : هذا نادر ولا يعول عليه ؛ فلا يجوز منع الميرات من أجله ، كما لو لم يظهر بالمرأة حمل . واختلف القائلون بالوقف فيما يوقف ، فروى عن احمد أنه يوقف نصيب ذكرين ان كان ميراثهما أكثر أو ابنتين إن كان نصيبهما أكثر وهذا قول محمد بن الحسن واللؤلؤى

وقال شريك يوقف نصيب أربعة فإنى رأيت بنى اسماعيل أربعة ولدوا فى بطن واحد محمد وعمر وعلى . قال يحيي بن آدم وأظن الرابع اسماعيل ، وروى ابن المبارك هذا القول عن أبي حنيفة ورواه الربيع عن الشافعى رضى الله عنه ، وقال الليث وأبو يوسف يوقف نصيب غلام ويؤخذ ضمين من الورثة .

ولنا أن ولادة التوأمين كثير معتاد ، فلا يجوز قسم نصيبها كالواحد وما زاد عليهما نادر فلم يوقف له شيء كالخامس والسادس ، ومتى ولدت المرأة من يرث الموقوف كله أخذه . وان بقى منه شيء رد الى أهله ، وان أعوز شيئا رجع على من هو فى يده .

(مسائل من ذلك) امرأة حامل وبنت . للمرأة الثمن وللبنت خمس الباقى وفى قول شريك تسعه . وفى قول أبي يوسف ثلثه بضمين ولا يدفع اليها شيء فى المشهور عن الشافعى رضى الله عنه وان كان مكان البنت ابن دفع اليه ثلث الباقى أو خمسه أو نصفه على اختلاف الأقوال . ومتى زادت الفروض على ثلث المال فميراث الاناث أكثر فإذا خلف أبوين وامرأة حاملا فللمرأة ثلاثة من سبعة وعشرين وللأبوين ثمانية منها ويوقف ستة عشر ، ويستوى هنا قول من وقف نصيب أربعة .

وقال أبو يوسف تعطى المرأة ثمنا كاملا والأبوان ثلثا كاملا ويؤخذ منهم ضمين . فإن كان معهم بنت دفع اليها ثلاثة عشر من مائة وعشرين ، وفى قول شريك ثلاثة عشر من مائتين وستة عشر ، وفى قول أبي يوسف ثلاثة عشر من اثنين وسبعين ويؤخذ من الكل ضمناء من البنت لاحتمال أن يولد أكثر من واحد ومن الباقين لاحتمال أن تعول المسألة . وعلى قولنا يوافق بين سبعة وعشرين ومائة وعشرين بالأثلاث وتضرب ثلث احداهما فى جميع الأخرى تكن ألفا وثمانين وتعطى البنت ثلاثة عشر فى تسعة تكن مائة وسبعة عشر وللابوين والمرأة أحد عشر فى أربعين وما بقى فهو موقوف ، زوج وأم حامل من الأب المسألة من ثمانية للزوج ثلاثة وللام سهم ويوقف أربعة .

وقال أبو يوسف هى من ثمانية يدفع الى الزوج ثلاثة والى الأم سهمان وتقف ثلاثة وتأخذ منها ضمينا . هكذا حكى الخبرى عنه ، فإن كان فى المسألة من يسقط

بولد الأبوين كعصبة أو أحد من ولد الأب لم يعط شيئا ، ولو كان فى هذه المسألة جد فللزوج الثلث وللام السدس وللجد السدس والباقى موقوف .

وقال أبو حنيفة للزوج النصف وللام السدس وللجد السدس ويوقف السدس بين الجد والأم ولا شيء للحمل لان الجد يسقطه وأبو يوسف يجعلها من سبعة وعشرين ويقف أربعة أسهم .

وحكى عن شريك أنه كان يقول بقول على فى الجد فيقف ههنا نصيب الاناث فيكون عنده من تسعة وتقف منها أربعة : ولو لم يكن فيها زوج كان للام السدس وللجد ثلث الباقى وتقف عشرة من ثمانية عشر ، وعند أبى حنيفة للجد الثلثان وللام السدس ويوقف [1] السدس بينهما ، قول أبى يوسف يقف الثلث ويعطى كل واحد منهما ثلثا ويؤخذ منهما ضمين . ومتى خلف ورثة وأما تحت الزوج فينبغى للزوج الامساك عن وطئها ليعلم أحامل هى أم لا ؟ كذا روى عن على وعمر ابن عبد العزيز والشعبي والنخعى وقتادة فى آخرين . وان وطئها قبل استبرائها فأتت بولد لأقل من ستة أشهر ورث لاننا نعلم انها كانت حاملا به ، وان ولدته لاكثر من ذلك لم ترث الا ان يقر الورثة انها كانت حاملا به يوم موت ولدها .

(فصل) ولا يرث الحمل الا بشرطين .

أحدهما : ان يعلم انه كان موجوداً حال الموت ويعلم ذلك بان تأتى به لاقل من ستة أشهر ، فان أتت به لاكثر من ذلك نظرنا فإن كان لها زوج أو سيد يطؤها لم يرث الا أن يقر الورثة أنه كان موجوداً حال الموت ، وان كانت لا توطأ اما لعدم الزوج أو السيد واما لغيبتهما او اجتنابهما الوطء عجزاً او قصداً او غيره ورث ما لم يجاوز اكثر مدة الحمل وذلك اربع سنين فى اصح الروايتين ، وفى الاخرى سنتان .

والثانى : أن تضعه حيا فان وضعته ميتا لم يرث فى قولهم جميعا ، واختلف فيما يثبت به الميراث من الحياة واتفقوا على انه اذا استهل صارخا ورث وورث ، وقد روى ابو داود باسناده عن ابى هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال

---

(١) فى نسخة : ويورث .

« اذا استهل المولود ورث » وروى ابن ماجه بإسناده عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله ، واختلفوا فيما سوى الاستهلال ، فقالت طائفة : لا يرث حتى يستهل ولا يقوم غيره مقامه ثم اختلفوا فى الاستهلال ما هو ؟ فقالت طائفة : لا يرث حتى يستهل صارخا ، فالمشهور عن أحمد رضي الله عنه أنه لا يرث حتى يستهل ، وروى ذلك عن ابن عباس والحسن بن على وأبى هريرة وجابر وسعيد ابن المسيب وعطاء وشريح والحسن وابن سيرين والنخعى والشعبى وربيعة ويحيى ابن سعيد وأبى سلمة بن عبد الرحمن ومالك وأبى عبيد وإسحاق ، لأن مفهوم قول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا استهل المولود ورث » أنه لا يرث بغير الاستهلال وفى لفظ ذكره ابن سراقة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال فى الصبى المنفوس « إذا وقع صارخا فاستهل ورث وتمت ديته وسمى وصلى عليه وإن وقع حيا ولم يستهل صارخا لم تتم ديته وفيه غرة عبد او امة على العاقلة » ولأن الاستهلال لا يكون إلا من حى والحركة تكون من غير حى فإن اللحم يختلج سيما إذا خرج من مكان ضيق فتضامت أجزاؤه ثم خرج إلى مكان فسيح فإنه يتحرك من غير حياة فيه ثم إن كانت فيه حياة فلا نعلم كونها مستقرة لاحتمال أن تكون كحركة المذبوح فإن الحيوانات تتحرك بعد الذبح حركة شديدة وهى فى حكم الميت ، واختلف فى الاستهلال ما هو ؟ فقيل الصراخ خاصة وهذا قول من ذكرنا فى هذه المسألة ، ورواه أبو طالب عن أحمد فقال لا يرث إلا من استهل صارخا .

وإنما سمى الصراخ من الصبى الاستهلال تجوزاً والأصل فيه أن الناس إذا رأوا الهلال صاحوا عند رؤيته واجتمعوا وأراه بعضهم بعضا فسمى الصوت عند استهلال الهلال استهلالا ثم سمى الصوت من الصبى المولود استهلالا . لأنه صوت عند وجود شىء يجتمع له ويفرح به .

وروى يوسف بن موسى عن أحمد أنه قال يرث السقط ويورث اذا استهل ، فقيل له : ما استهلاله ؟ قال اذا صاح أو عطس أو بكى ، فعلى هذا كل صوت يوجد منه تعلم به حياته فهو استهلال ، وهذا قول الزهرى والقاسم بن محمد لأنه صوت علمت به حياته فأشبه الصراخ .

وعن أحمد رواية ثالثة : اذا علمت حياته بصوت أو حركة أو رضاع أو غيره

ورث وثبت له أحكام المستهل لأنه حي فتثبت له أحكام الحياة كالمستهل. وبهذا قال الثوري والأوزاعي والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وداود، وان خرج بعضه حيا فاستهل ثم انفصل باقيه ميتا لم يرث . وبهذا قال الشافعي رضي الله عنه . وقال أبو حنيفة وأصحابه اذا خرج أكثره فاستهل ثم مات ورث لقوله عليه السلام « اذا استهل المولود ورث » .

ولنا أنه لم يخرج جميعه فأشبه ما لو مات قبل خروج أكثره

(فصل) وان ولدت توأمين فاستهل أحدهما ولم يعلم بعينه فإن كانا ذكرين او انثيين او ذكرا وأنثى لا يختلف ميراثها فلا فرق بينهما . وان كانا ذكراً وأنثى يختلف ميراثهما فقال القاضي : من اصحابنا من قال يقرع بينهما فمن اخرجته القرعة جعل المستهل كما لو طلق احدى نسائه فلم تعلم بعينها ثم مات أخرجت بالقرعة . وقال الخبري ليس في هذا عن السلف نص . وقال الفرضيون تعمل المسألة على الحالين ويعطى كل وارث اليقين ويوقف الباقي حتى يصطلحوا عليه . ويحتمل ان يقسم بينهم على حسب الاحتمال .

ومن مسائل ذلك : رجل خلف امه وأخاه وأم ولد حاملا منه فولدت توأمين ذكراً وأنثى فاستهل احدهما ولم يعلم بعينه فقيل ان كان الابن المستهل فللأم السدس والباقي له ترث امه ثلثه والباقي لعمه فاضرب ثلاثة في ستة تكن ثمانية عشر لام الميت ثلاثة ولام الولد خمسة وللعم عشرة . وان كانت البنت المستهلة فالمسألة من ستة فتموت البنت عن ثلاثة لامها سهم ولعمها سهمان والستة تدخل في ثمانية عشر فمن له شيء من الثمانية عشر مضروب في واحد ومن له شيء من الستة مضروب في ثلاثة فسدس الام لا يتغير وللعم من الستة اربعة في ثلاثة اثنا عشر وله من الثمانية عشر عشرة في واحد فهذا اليقين فيأخذه ولام الولد خمسة في سهم وسهم في ثلاثة فيأخذها ويقف سهمين بين الاخ وأم الولد حتى يصطلحا عليها ويحتمل ان يقتسماها بينهما ، امرأة حامل وعم ولدت المرأة ابنا وبنتا واستهل احدهما ولم يعلم فالمسألتان من اربعة وعشرين اذا اعطيت كل واحد اقل من نصيبه بقيت ثلاثة موقوفة ، فإن كان معهما بنت فكل واحدة من المسألتين من اثنين وسبعين والموقوف اثنا عشره ، امرأة وعم وأم حامل من الاب ولدت ابنا وبنتا

فاستهل احدهما فإن كان المستهل الاخ فهي من ستة وثلاثين . وان كانت الاخت المستهلة فهي من ثلاثة عشر فالمسألتان متباينتان فاضرب احداهما فى الاخرى تكن اربعمائة وثمانية وستين وكل من له شيء من احدى المسألتين مضروب فى الاخرى فيدفع لكل واحد اقل النصيبين يبقى اربعة عشر منها تسعة بين المرأة والعم وخمسة بين الام والعم ، فإن كانت المرأة والام حاملين فوضعتا معاً فاستهل احدهما فكل واحدة منهما ترجع الى ستة وثلاثين فيعطى كل وارث اقل النصيبين ويبقى احد عشر منها اربعة موقوفة بين الزوجة والام وسبعة بين الام والعم .

(فصــــل)

واذا ولدت الحامل توأمين فسمع الاستهلال من احدهما ثم سمع مرة اخرى فلم يدر اهو من الاول او من الثانى ؟ فيحتمل ان يثبت الميراث لمن علم استهلاله دون من شككنا فيه لان الاصل عدم استهلاله . فعلى هذا الاحتمال ان علم المستهل بعينه فهو الوارث وحده وان جهل عينه كان كما لو استهل واحد منهما لا بعينه ، وقال الفرضيون يعمل على الاحوال فيعطى كل وارث اليقين ويوقف الباقى .

ومن مسائل ذلك : ام حامل وأخت لاب وعم ولدت الام بنتين فاستهلت احداهما ثم سمع الاستهلال مرة اخرى فلم يدر هل استهلت الاخرى او تكرر من واحدة ؟ فقيل ان كان منهما جميعا فقد ماتتا عن اربعة من ستة ولا يعلم اولهما موتا لحكمهما حكم الغرقى فمن ذهب الى انه لا تورث احداهما من الاخرى قال قد خلفا اما وأختا وعما فتصح من ثمانية عشر . وان كان الاستهلال من واحدة فقد ماتت عن ثلاثة من ستة فتصح من اثنى عشر وبينهما موافقة بالسدس فتصير ستة وثلاثين للام اثنا عشر وللاخت كذلك وللعم تسعة ونقف ثلاثة تدعى الام منها سهمين والعم سهما وتدعيها الاخت كلها فيكون سهمان بينهما وبين الام وسهم بينها وبين العم ، زوج وجد وأم حامل ولدت ابنا وبنتا فاستهل احدهما ثم سمع الاستهلال مرة اخرى فلم يدر ممن هو ؟ فان كان الاستهلال تكرر من البنت فهى الاكدرية وماتت عن اربعة بين امها وجدها فتصح من احد وثمانين ، وان تكرر من الاخ لم يرث شيئا ، والمسألة من ستة للجد منها سهم وان كان منهما

فللأم السدس وللزوج النصف وللجد السدس ولهما السدس على ثلاثة فتصح من ثمانيه عشر والثلاثه التى لهما بين الجد والأم على ثلاثة فصار للأم أربعة وللجد خمسة وثمانية عشر توافق أحداً وثمانين بالأتساع فتصير مائة واثنين وستين للزوج حقه من الأكدريه أربعة وخمسون وللأم تسعا المال من مسألة استهلالها معاً ستة وثلاثون وللجد السدس من مسألة استهلال الأخ وحده سبعة وعشرون يبقى خمسةوأربعون يدعى الزوج منها سبعة وعشرين والأم ثمانية عشر ويدعى منهاالجد سبعه وثلاثين وتعول الثمانية الفاضلة للأم ، فيحتمل أن تدفع اليها لأن الزوج والجد يقران لها بها .

فصل

وإذا ضرب بطن حامل فأسقطت فعلى الضارب غرة موروثة عن الجنين كأنه سقط حيا . وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعى وسائر الفقهاء إلا شيئاً يحكى عن ربيعة والليث وهو شذوذ لا يعرج عليه . فإن قيل : فكيف تورثون منه وهو لا يرث ؟ قلنا نورث منه لأن الواجب بدل عنه فورثتهورثته كدية غير الجنين ، وأما توريثه فمن شروطه كونه حيا حين موت موروثه ولا يتحقق ذلك فلا نورثه مع الشك فى حياته .

(فصل) ودية المقتول موروثة عنه كسائر أمواله إلا أنه اختلف فيه عن على فروى عنه مثل قول الجماعة وعنه لا يرثها إلا عصباته الذين يعقلون عنه وكان عمر يذهب الى هذا ثم رجع عنه لما بلغه عن النبى صلى الله عليه وسلم توريث المرأة من دية زوجها، قال سعيد حدثنا سفيان حدثنا الزهرى سمع سعيد بن المسيب يقول ، كان عمر بن الخطاب رضى الله عنه يقول : الدية للعاقلة ولا ترث المرأة من دية زوجها شيئاً . فقال له الضحاك الكلابى : كتب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم : أن اورث امرأة أشيم الضبابى من دية زوجها أشيم ، قال الترمذى هذا حديث حسن صحيح .

وروى الإمام أحمد بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى أن العقل ميراث بين ورثة القتيل على فرائضهم ، وبإسناده عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ، المرأة ترث من مال

زوجها وعقله ، ويرث هو من مالها وعقلها مالم يقتل واحد منهما صاحبه ، إلا أن في إسناده رجلا مجهولا .

وقال إبراهيم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الدية على الميراث والعقل على العصبة » وقال أبو ثور هي على الميراث ولا تقضى منها ديونه ولا تنفذ منها وصاياه ، وعن أحمد نحو من هذا . وقد ذكر الخرقي فيمن أوصى بثلث ماله لرجل فقتل وأخذت ديته فللموصى له بالثلث ثلث الدية في إحدى الروايتين ، والأخرى ليس لمن أوصى له بالثلث من الدية شيء ، ومبنى هذا على أن الدية ملك الميت أو على ملك الورثة ابتداء وفيه روايتان :

إحداهما : أنها تحدث على ملك الميت لأنها بدل نفسه فيكون بدلها له كدية أطرافه المقطوعة منه في الحياة ، ولأنه لو أسقطها عن القاتل بعد جرحه إياه كان صحيحاً وليس له إسقاط حق الورثة . ولأنها مال موروث فأشبهت سائر أمواله والأخرى : أنها تحدث على ملك الورثة ابتداء لأنها إنما تستحق بعد الموت وبالموت تزول أملاك الميت الثابتة له ويخرج عن أن يكون أهلا للملك ، وإنما يثبت الملك لورثته ابتداء . ولا أعلم خلافا في أن الميت يجهز منها ان كان قبل تجهيزه لانه لو لم يكن له شيء لوجب تجهيزه على من عليه نفقته لو كان فقيراً فأولى أن يجب ذلك في ديته .

(فصل) في ميراث المفقود وهو نوعان ، أحدهما : الغالب من حاله الهلاك وهو من يفقد في مهلكة كالذي يفقد بين الصفين وقد هلك جماعة أو في مركب انكسر فغرق بعض أهله أو في مفازة يهلك فيها الناس أو يفقد من بين أهله أو يخرج لصلاة العشاء أو غيرها من الصلوات أو لحاجة قريبة فلا يرجع ولا يعلم خبره فهذا ينتظر به أربع سنين فان لم يظهر له خبر قسم ماله واعتدت امرأته عدة الوفاة وحلت للازواج . نص عليه الامام أحمد وهذا اختيار أبي بكر

وذكر القاضي أنه لا يقسم ماله حتى تمضي عدة الوفاة بعد الاربع سنين لانه الوقت الذي يباح لامرأته التزوج فيه ، والاول أصح لأن العدة انما تكون بعد الوفاة فاذا حكم بوفاته فلا وجه للوقوف عن قسم ماله ، وان مات للمفقود من يرثه قبل الحكم بوفاته وقف للمفقود نصيبه من ميراثه وما يشك في مستحقه

وقسم باقيه ، فإن بان حياً أخذه ورد الفضل الى أهله ، وان علم أنه مات بعد موت موروثه دفع نصيبه مع ماله الى ورثته ، وان علم أنه كان ميتا حين موت موروثه رد الموقوف الى ورثة الأول ، وان مضت المدة ولم يعلم خبره رد أيضا الى ورثة الأول لانه مشكوك فى حياته حين موت موروثه فلا نورثه مع الشك كالجنين الذى يسقط ميتا .

وكذلك ان علمنا أنه مات ولم يدر متى مات ، ولم يفرق سائر أهل العلم بين هذه الصورة وبين سائر صور الفقدان فيما علمنا الا أن مالكا والشافعى رضى الله عنهما فى القديم وافقا فى الزوجة أنها تتزوج خاصة والأظهر من مذهبه مثل قول الباقين . فأما ماله فاتفقوا على أنه لا يقسم حتى تمضى مدة لا يعيش فى مثلها على ماسنذكره فى الصورة الأخرى ان شاء الله تعالى . لأنه مفقود لا يتحقق موته فأشبه التاجر والسائح .

ولنا اتفاق الصحابة رضى الله عنهم على تزويج إمرأته على ماذكرناه فى العدد واذا ثبت ذلك فى النكاح مع الاحتياط للابضاع ، فى المال أولى ، ولان الظاهر هلاكه فأشبه ما لو مضت مدة لا يعيش فى مثلها . النوع الثانى : من ليس الغالب هلاكه كالمسافر لتجارة أوطلب علم أوسياحة ونحو ذلك ولم يعلم خبره : ففيه روايتان

إحداهما : لا يقسم ماله ولا تتزوج إمرأته حتى يتيقن موته ، أو يمضى عليه مدة لا يعيش فى مثلها : وذلك مردود الى اجتهاد الحاكم ، وهذا قول الشافعى رضى الله عنه ومحمد بن الحسن . وهو المشهور عن مالك وأبى حنيفة وأبى يوسف لأن الأصل حياته ، والتقدير لا يصار اليه الا بتوقيف ، ولا توقيف ههنا ، فوجب التوقف عنه .

والرواية الثانية : أنه ينتظر به تمام تسعين سنة مع سنه يوم فقد ، وهذا قول عبد الملك بن الماجشون ، لان الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا : وقال عبد الله ابن عبد الحكم : ينتظر به الى تمام سبعين سنة مع سنه يوم فقد . ولعله يحتج بقول النبى (ص) « أعمار أمتى ما بين السبعين والستين » أو كما قال : ولأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا ، فأشبه التسعين .

وقال الحسن بن زياد : ينتظر به تمام مائة وعشرين سنة ، قال : ولو فقد وهو

ابن ستين سنة وله مال لم يقسم ماله حتى يمضي عليه ستون سنة أخرى ، فيكون له مع سنه يوم فقد مائة وعشرون سنة فيقسم ماله حينئذ بين ورثته ان كانوا أحياء وان مات بعض ورثته قبل مضى مائة وعشرين ، وخلف ورثة لم يكن لهم شيء من مال المفقود ، وكان ماله للأحياء من ورثته ، ويوقف للمفقود حصته من مال موروثه الذى مات فى مدة الإنتظار ، فإن مضت المدة ولم يعلم خبر المفقود ، رد الموقوف الى ورثة موروث المفقود ، ولم يكن لورثة المفقود .

قال اللؤلؤى : وهذا قول أبى يوسف ، وحكى الخبرى عن اللؤلؤى أنه قال : ان الموقوف للمفقود ، وان لم يعلم خبره يكون لورثته ، قال : وهو الصحيح عندى ، والذى ذكرناه هو الذى حكاه ابن اللبان عن اللؤلؤى ، فقال : لو ماتت امرأة المفقود قبل تمام مائة وعشرين سنة بيوم أو بعد فقده بيوم ، وتمت مائة وعشرون سنة لم تورث منه شيئا ، ولم نورثه منها لاننا لا نعلم أيهما مات أولا ، وهذا قياس قول من قال فى الغرقى انه لا يورث أحدهم من صاحبه ، ويرث كل واحد الاحياء من ورثته .

قال القاضى : هذا قياس قول أحمد ، واتفق الفقهاء على أنه لا يرث المفقود الا الاحياء من ورثته يوم قسم ماله ، لا من مات قبل ذلك ، ولو بيوم ، واختلفوا فيمن مات وفى ورثته مفقود ، فمذهب أحمد وأكثر الفقهاء على أنه يعطى كل وارث من ورثته اليقين ويوقف الباقى حتى يتبين أمره ، أو تمضى مدة الانتظار فتعمل المسألة على أنه حى ، ثم على أنه ميت ، وتضرب احداهما فى الأخرى ان تباينتا ، أو فى وفقهما ان اتفقتا ، وتجتزىء احداهما ان تماثلتا ، أو بأكثرهما ان تناسبتا ، وتعطى كل واحد أقل النصيبين ، ومن لا يرث الا من أحدهما لا تعطيه شيئاً وتقف الباقى ، ولهم أن يصطلحوا على ما زاد على نصيب المفقود ، واختاره ابن اللبان لأنه لا يخرج عنهم ، وأنكر ذلك الونى وقال : لا فائدة فى أن ينقص بعض الورثة عما يستحقه فى مسألة الحياة وهى منتفية ، ثم يقال له : لك أن تصالح على بعضه ، بل ان جاز ذلك ، فالأولى أن نقسم المسألة على تقدير الحياة ونقف نصيب المفقود لا غير .

والأول أصح إن شاء الله ، فإن الزائد عن نصيب المفقود من الموقوف

مشكوك فى مستحقه ، ويقين الحياة معارض بظهور الموت ، فينبغى أن يوقف كالزائد عن اليقين فى مسائل الحمل والاستهلال ، ويجوز للورثة الموجودين الصلح عليه لانه حقهم لا يخرج عنهم وإباحة الصلح عليه لا تمنع وجوب وقفه كما تقدم فى نظائره ، ووجوب وقفه لا يمنع الصلح عليه لذلك ، ولان تجويز أخذ الانسان حق غيره برضاه وصلحه لا يلزم منه جواز أخذه بغير إذنه ، وظاهر قول الوزن هذا أن تقسم المسألة على أنه حى ، ويقف نصيبه لا غير .

وقال بعض أصحاب الشافعى رضى الله عنه . يقسم المال على الموجودين لانهم متحققون ، والمفقود مشكوك فيه ، فلا يورث مع الشك ، وقال محمد بن الحسن القول قول من المال فى يده ، فلو مات رجل وخلف ابنتيه وابن ابن ، أبوه مفقود والمال فى يد الابنتين . فاختصموا الى القاضى ، فإنه لا ينبغى للقاضى أن يحول المال عن موضعه ولا يقف منه شيئاً . سواء اعترفت الابنتان بفقده ، أو ادعتا موته ، وان كان المال فى يد ابن المفقود ، لم يعط الابنتان الا النصف ، أقل ما يكون لهما ، وان كان المال فى يد أجنبى ، فأقر بأن الابن مفقود وقف له النصف فى يديه ، وان قال الاجنبى : قد مات المفقود ، لزمه دفع الثلثين الى البنتين ويوقف الثلث ، الا أن يقر ابن الابن بموت أبيه فيدفع اليه الباقى ، والجمهور على القول الاول .

ومن مسائل ذلك : زوج وأم وأخت وجد وأخ مفقود ، مسألة الموت من سبعة وعشرين ، لانها مسألة الاكدرية ، ومسألة الحياة من ثمانية عشر وهما يتفقان بالاتساع ، فتضرب تسع احداهما فى الاخرى ، تكن أربعة وخمسين ، للزوج النصف من مسألة الحياة ، والثلث من مسألة الموت فيعطى الثلث ، وللأم التسعان من مسألة الموت ، والسدس من مسألة الحياة ، فتعطى السدس ، وللجد ستة عشر سهما من مسألة الموت ، وتسعة من مسألة الحياة ، فيأخذ التسعة ، وللأخت ثمانية من مسألة الموت ، وثلاثة من مسألة الحياة ، فتأخذ ثلاثة ويبقى خمسة عشر موقوفة ان بان ، أن الاخ حى أخذ ستة ، وأخذ الزوج تسعة ، وان بان ميتا أو مضت المدة قبل قدومه ، أخذت الام ثلاثة ، والاخت خمسة والجد سبعة ، واختار الخبرى أن المدة اذا مضت ، ولم يتبين أمره أن يقسم نصيبه من

الموقوف على ورثته فإنه كان محكوما بحياته لأنها اليقين، وإنما حكمنا بموته بمضى المدة
(لنا) أنه مال موقوف لمن ينتظر ممن لا يعلم حاله، فإذا لم تتبين حياته، لم يكن لورثته كالموقوف للحمل، وللورثة أن يصطلحوا على التسعة قبل مضى المدة، زوج وأبوان وابنتان مفقودتان. مسألة حياتهما من خمسة عشر، وفى حياة أحدهما من ثلاثة عشر، وفى موتهما من ستة، فتضرب ثلث الستة فى خمسة عشر، ثم فى ثلاثة عشر، تكن ثلاثمائة وتسعين ثم تعطى الزوج والأبوين حقوقهم من مسألة الحياة مضروبا فى اثنين، ثم فى ثلاثة عشر، وتقف الباقى.

وإن كان فى المسألة ثلاثة مفقودون عملت لهم اربع مسائل، وإن كانوا أربعة عملت لهم خمس مسائل، وعلى هذا. وإن كان المفقود يحجب ولا يرث كزوج وأخت من أبوين وأخت من أب وأخ لها مفقود، وقفت السبع بينهما وبين الزوج والأخت من الابوين. وقيل: لا يوقف ههنا شيء وتعطى الأخت من الأب السبع لأنها لا تحجب بالشك، كما لاترث بالشك، والأول اصح: لأن دفع السبع إليها توريث بالشك وليس فى الوقف حجب يقينا إنما هو توقف عن صرف المال إلى إحدى الجهتين المشكوك فيها، ويعارض قول هذا القائل قول من قال: إن اليقين حياته، فيعمل على أنه حى ويدفع المال إلى الزوج والأخت من الأبوين، والتوسط بما ذكرناه أولى والله أعلم.

(فصـــل)

والأسير كالمفقود إذا انقطع خبره. وإن علمت حياته ورث فى قول الجمهور. وحكى عن سعيد بن المسيب أنه لا يرث لانه عبد، وحكى ذلك عن النخعى وقتاده. والصحيح الاول، والكفار لا يملكون الأحرار والله أعلم.

(فصل) فى التزويج فى المرض والصحة، حكم النكاح فى المرض والصحة سواء فى صحة العقد وتوريث كل واحد منهما من صاحبه فى قول الجمهور، وبه قال أبو حنيفة والشافعى رضى الله عنه. وقال مالك: أى الزوجين كان مريضا مرضا مخوفا حال عقد النكاح فالنكاح فاسد، لا يتوارثان به إلا أن يصيبها فيكون لها المسمى فى ثلاثة مقدما على الوصية، وعن الزهرى ويحيى بن سعيد مثله، واختلف

أصحاب مالك فى نكاح من لم يرث ، كالأمة والذمية ، فقال بعضهم : يصح لئلا يتهم بقصد توريثها . ومنهم من أبطله لجواز أن تكون وارثة ، وقال ربيعة وابن أبي ليلى : الصداق والميراث من الثلث . وقال الاوزاعي : النكاح صحيح ، ولاميراث بينهما . وعن القاسم بن محمد والحسن . ان قصد الاضرار بورثته فالنكاح باطل ، والا فهو صحيح .

ولنا أنه عقد معاوضة يصح فى الصحة فيصح فى المرض كالبيع ، ولأنه نكاح صدر من أهله فى محله بشرطه فيصح كحال الصحة ، وقد روينا أن عبد الرحمن ابن أم الحكم تزوج فى مرضه ثلاث نسوة ، أصدق كل واحدة ألفاً ليضيق بهن على امرأته ويشركنها فى ميراثها فأجيز ذلك . وإذا ثبت صحة النكاح ثبت الميراث بعموم الآيه .

(فصل) ولا فرق فى ميراث الزوجين بين ما قبل الدخول وبعده لعموم الآية ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم ، قضى لبروع بنت اوشق بالميراث ، وكان زوجها مات عنها قبل ان يدخل بها ولم يفرض لها صداقا ، ولان النكاح صحيح ثابت فيورث به كما بعد الدخول .

فصل

فأما النكاح الفاسد فلا يثبت به التوارث بين الزوجين لانه ليس بنكاح شرعي واذا اشتبه من نكاحها فاسد بمن نكاحها صحيح فالمنقول عن أحمد أنه قال فيمن تزوج أختين لا يدرى أيتهما تزوج أول فإنه يفرق بينهما ، وتوقف عن أن يقول فى الصداق شيئا ، قال أبو بكر : يتوجه على قوله أن يقرع بينهما ، فعلى هذا الوجه يقرع بينهما فى الميرات اذا مات عنهما ، وعن النخعي والشعبي ما يدل على أن المهر والميرات يقسم بينهن على حسب الدعاوى والتنزيل كميرات الخنائى ، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه ، وقال الشافعي رضي الله عنه : يوقف المشكوك فيه من ذلك حتى يصطلحن عليه أو يتبين الامر ، فلو تزوج امرأة فى عقد وأربعا فى عقد ثم مات وخلف أخا ولم يعلم أى العقدين سبق فى قول أبي حنيفة : كل واحدة تدعى مهراً كاملا ينكره الاخ فتعطى كل واحدة نصف مهر ويؤخذ ربع الباقى تدعيه الواحدة والاربع ، فيقسم للواحدة نصفه وللاربع نصفه

وعند الشافعى رضى الله عنه : أكثر ما يجب عليه أربعة مهور فيأخذ ذلك ، يوقف منها مهر بين النساء الخمس ويبقى ثلاثة تدعى الواحدة ربعها ميراثا ويدعى الاخ ثلاثة أرباعها فيوقف منها ثلاثة أرباع مهر بين النساء الخمس وباقيها ، وهو مهران وربع بين الاربع وبين الاخ . ثم يؤخذ ربع ما بقى فيوقف بين النساء الخمس والباقى للأخ . وان تزوج امرأة فى عقد واثنتين فى عقد وثلاثا فى عقد ولم يعلم السابق فالواحدة نكاحها صحيح فلها مهرها ويبقى الشك فى الخمس : فعلى قول أهل العراق لهن مهران بيقين والثالث لهن فى حال دون حال فيكون لهن نصفه ثم يقسم ذلك بينهن لكل واحدة نصف مهر ثم يؤخذ ربع الباقى لهن ميراثا ، فللواحدة ربعه يقينا وتدعى نصف سدسه ، فتعطى نصفه فيصير لها من الربع سدسه وثمنه وذلك سبعة من أربعة وعشرين والاثنتان تدعيان ثلثيه وهو ستة عشر سهما فيعطين نصفه وهو ثمانية أسهم ، والثلاث يدعين ثلاثة أرباعه وهو ثمانية عشر سهما فيعطين تسعه ، هذا قول محمد بن الحسن

وعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف تقسم السبعة عشر بين الثلاث والاثنتين نصفين فيصير الربع من ثمانية وأربعين سهما ثم تضرب الاثنين فى الثلاث ثم فى الثمانية واربعين تكن مائتين وثمانية وثمانين فهذا ربع المال ، وعند الشافعى (رض) تعطى الواحدة مهرها ويوقف ثلاثة مهور : مهران منها بين الخمس ومهر تدعيه الواحدة والاثنتان ربعه ميراثا وتدعيه الثلاث مهراً وثلاثة أرباعه تدعيه الاخرى ميراثا وتدعيه الثلاث مهراً ، ويؤخذ ربع ما بقى فيدفع ربعه الى الواحدة ونصف سدسه بين الواحدة والثلاث موقوف وثلثاه بين الثلاث والاثنتين موقوف ، فإن طلبت واحدة من الخمس شيئا من الميراث الموقوف لم يدفع اليها شيء ، وكذلك ان طلبه أحد الفريقين لم يدفع اليه شيء ، وان طلبت واحدة من الثلاث وواحدة من الاثنتين دفع اليهما ربع الميراث وان طلبته واحدة من الاثنتين واثنتان من الثلاث أو الثلاث كلهن دفع اليهن ثلثه ، وان عين الزوج المنكوحات أولا قبل تعيينه وثبت ، وان وطىء واحدة منهن لم يكن ذلك تعيينا لها ، وهذا قول الشافعى رضى الله عنه ، وللموطوءة الاقل من المسمى أو مهر المثل فيكون الفضل بينهما

موقوفاً ، وعلى قول أهل العراق يكون تعيينا ، فإن كانت الموطوءة من الاثنتين صح نكاحها وبطل نكاح الثلاث : وإن كانت من الثلاث بطل نكاح الاثنتين ، وإن وطىء واحـــدة من الاثنتين وواحدة من الثلاث صح نكاح الفريق المبدوء بوطء واحدة منه وللموطوءة التي لم يصح نكاحها مهر مثلها . فإن أشكل أيضا أخذ منه اليقين وهو مهران مسميان ومهر مثل ويبقى مهر مسمى تدعيه النسوة وينكره الاخ فيقسم بينهما فيحصل للنسوة مهر مثل ومسميان ونصف منها مهر مسمى ومهر مثل يقسم بين الموطوءتين نصفين ويبقى مسمى ونصف بين الثلاث الباقيات لكل واحدة نصف مسمى والميراث على ماتقدم . وعند الشافعى لاحكم للوطء فى التعيين وهل يقوم تعيين الوارث مقام تعيين الزوج ؟ فيه قولان: فعلى قوله يؤخذ مسمى ومهر مثل للموطوءتين تعطى كل واحدة الاقل من المسمى أو مهر المثل ويقف الفضل بينهما ويبقى مسميان ونصف يقف أحدهما بين الثلاث اللاتى لم يوطأن وآخر بين الثلاث والاثنتين والميراث على ماتقدم .

وحكى عن الشعبي والنخعى فيمن له أربع نسوة بت طلاق احداهن ثم نكح خامسة ومات ولم يدر أيتهن طلق فللخامسة ربع الميراث وللاربع ثلاثة أرباعه بينهن . وهذا مذهب أبى حنيفة إذا كان نكاح الخامسة بعد انقضاء عدة المطلقه ، ولو أنه قال بعد نكاح الخامسة احدى نسائى طالق ثم نكح سادسة ثم مات قبل أن يبين فللسادسة ربع الميراث وللخامسة ربع ثلاثة الارباع الباقى وما بقى بين الاربع الاول أرباعا . وفى قول الشافعى رضى الله عنه : ما أشكل من ذلك موقوف على ما تقدم .

﴿ فصـــل فى الطلاق ﴾

اذا طلق الرجل امرأته طلاقا يملك رجعتها فى عدتها لم يسقط التوارث بينهما ما دامت فى العدة سواء كان فى المرض أو الصحة بغير خلاف نعلمه ،وروى ذلك عن أبى بكر وعمر وعثمان وعلى وابن مسعود رضى الله عنهم : وذلك لان الرجعية زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وايلاؤه ويملك امساكها بالرجعة بغير رضاها ولا ولى ولا شهود ولا صداق جديد ؛ وان طلقها فى الصحة طلاقا بائنا أو رجعيا

فبانت بانقضاء عدتها لم يتوارثا إجماعا . وان كان الطلاق فى المرض المخوف ثم مات من مرضه ذلك فى عدتها ورثته ولم يرثها إن ماتت . يروى هذا عن عمر وعثمان رضى الله عنهما . وبه قال عروة وشريح والحسن والشعبى والنخعى والثورى وأبو حنيفة فى أهل العراق ومالك فى أهل المدينة وابن أبى ليلى ، وهو قول الشافعى رضى الله عنه فى القديم .

وروى عن عتبة بن عبد الله بن الزبير : لا ترث مبتوتة . وروى ذلك عن على وعبد الرحمن بن عوف . وهو قول الشافعى الجديد لأنها بائن فلا ترث كالبائن فى الصحة أو كما لو كان الطلاق باختيارها . ولأن أسباب الميراث محصورة فى رحم ونكاح وولاء . وليس لها شىء من هذه الأسباب

ولنا أن عثمان رضى الله عنه ورث تماضر بنت الأصبغ الكلبية من عبد الرحمن ابن عوف . وكان طلقها فى مرضه فبتها . واشتهر ذلك فى الصحابة فلم ينكر فكان إجماعا ، ولم يثبت عن على ولا عبد الرحمن خلاف فى هذا . بل قد روى عروة عن عثمان أنه قال لعبد الرحمن ولئن مت لأورثنها منك ، قال قد علمت ذلك، وما روى عن ابن الزبير ان صح فهو مسبوق بالإجماع . ولأن هذا قصد قصداً فاسداً فى الميراث فعورض بنقيض قصده كالقاتل القاصد استعجال الميراث يعاقب بحرمانه .

اذا ثبت هذا فالمشهور عن أحمد أنها ترثه فى العدة وبعدها مالم تتزوج . قال أبو بكر : لا يختلف قول أبى عبد الله فى المدخول بها اذا طلقها المريض أنها ترثه فى العدة وبعدها ما لم تتزوج

روى ذلك عن الحسن وهو قول البتى وحميد وابن أبى ليلى وبعض البصريين وأصحاب الحسن ومالك فى أهل المدينة ، وذكر عن أبى بن كعب لما روى أبو سلمة ابن عبد الرحمن ، أن أباه طلق أمه وهو مريض فمات فورثته بعد انقضاء العدة ، ولأن سبب توريثها فراره من ميراثها ، وهذا المعنى لايزول بانقضاء العدة

وروى عن أحمد مايدل على أنها لا ترث بعد العدة ، فإنه قال فى رواية الأثرم يلزم من قال له أن يتزوج أربعا قبل انقضاء عدة مطلقاته أنه لو طلق أربع

نسوة فى مرضه ثم تزوج أربعا ثم مات من مرضه ذلك ، أن الثمان يرثنه كلهن فيكون مسلماً يرثه ثمان نسوة وهذا القول يلزم منه توريث ثمان وتوريثها بعد العدة يلزم منه ذلك ، ولأنه قال فى المطلقة قبل الدخول لا ترث لأنها لا عدة لها وهذه كذلك فلا ترث ، وهذا قول عروة وأبى حنيفة وأصحابه وقول الشافعى القديم ، لأنها تباح لزوج آخر فلم ترثه كما لو كان فى الصحة ، ولأن توريثها بعد العدة يفضى إلى توريث أكثر من أربع نسوة فلم يجز ذلك كما لو تزوجت ، وإن تزوجت المبتوتة لم ترثه سواء كانت فى الزوجية أو بانت من الزوج الثانى ، هذا قول أكثر أهل العلم ، وقال مالك فى أهل المدينة ترثه لما ذكرنا للرواية الاولى ؛ ولأنها شخص يرث مع انتفاء الزوجيه فورث معها كسائر الوارثين .

ولنا أن هذه وارثه من زوج فلا ترث زوجا سواه كسائر الزوجات ، ولأن التوارث من حكم النكاح فلا يجوز اجتماعه مع نكاح آخر كالعدة . ولانها فعلت باختيارها ما ينافى نكاح الاول لها فأشبه ما لو كان فسخ النكاح من قبلها .

(فصل) ولو صح من مرضه ذلك ثم مات بعده لم ترثه فى قول الجمهور ، وروى عن النخعى والشعبى والثورى وزفر أنها ترثه لانه طلاق مرض قصد به الفرار من الميراث فلم يمنعه كما لو لم يصح .

ولنا أن هذه بائن بطلاق فى غير مرض الموت فلم ترثه كالمطلقة فى الصحة ، ولان حكم هذا المرض حكم الصحة فى العطايا والاعتاق والاقرار فكذلك فى الطلاق وما ذكروه يبطل بما إذا قصد الفرار بالطلاق فى صحته .

(فصل) ولو طلق امرأته ثلاثاً فى مرضه قبل الدخول بها فقال أبو بكر فيها أربع روايات .

(إحداهن) لها الصداق كاملا والميراث وعليها العدة اختارها أبو بكر وهو قول الحسن وعطاء وأبى عبيد لان الميراث ثبت للمدخول بها لفراره منه وهذا فار ، وإذا ثبت الميراث ثبت وجوب تكميل الصداق وينبغى أن تكون العدة عدة الوفاة لانا جعلناها فى حكم من توفى عنها وهى زوجة ، ولان الطلاق لا يوجب عدة على غير مدخول بها .

(الثانية) لها الميراث والصداق ولا عدة عليها ، وهو قول عطاء لان العدة

حق عليها فلا يجب بفراره (والثالثة) لها الميراث ونصف الصداق وعليها العدة ، وهذا قول مالك فى رواية أبى عبيد عنه لان من ترث يجب أن تعتد ولا يكمل الصداق ، لان الله تعالى نص على تنصيفه بالطلاق قبل المسيس ولا تجوز مخالفته (والرابعة) لا ميراث لها ولا عدة عليها ولها نصف الصداق ، وهو قول جابر ابن زيد والنخعى وأبى حنيفة والشافعى وأكثر أهل العلم .

قال أحمد قال جابر ابن زيد لا ميراث لها ولا عدة عليها ، قال الحسن ترث ، قال أحمد أذهب إلى قول جابر وذلك لان الله تعالى نص على تنصيف الصداق ونفى العدة عن المطلقة قبل الدخول بقوله تعالى (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضه فنصف ما فرضتم) وقال تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعدونها) ولا يجوز مخالفة نص الكتاب بالرأى والتحكم ، وأما الميراث فإنها ليست بزوجة ولا معتدة من نكاح فأشبهت المطلقة فى الصحة والله أعلم ، ولو خلا بها وقال . لما أطأها وصدقته فلها الميراث وعليها العدة للوفاة ويكمل لها الصداق لان الخلوة تكفى فى ثبوت هذه الاحكام ، وهذا قول أبى حنيفة وأصحابه .

(فصل ولو طلق المدخول بها طلاقا رجعيا ثم مرض فى عدتها ومات بعد انقضائها لم ترثه لانه طلاق صحة ، وإن طلقها واحدة فى صحته وأبانها فى مرضه ثم مات بعد انقضاء عدتها لحكمها حكم ما لو ابتدأ طلاقها فى مرضه لانه فر من ميراثها ، فإن طلقها واحدة فى صحته وأخرى فى مرضه ولم يبنها حتى بانت بانقضاء عدتها لم ترث لان طلاق المرض لم يقطع ميراثها ولم يؤثر فى بينونتها .

(فصل) وإن طلقها ثلاثا فى مرضه فارتدت ثم أسلمت ثم مات فى عدتها ففيه وجهان .

أحدهما : ترثه وهو قول مالك لانها مطلقة فى المرض أشبه ما لو لم ترتد :

والثانى : لا ترثه وهو قول أبى حنيفة والشافعى ، لانها فعلت ما ينافى النكاح أشبه ما لو تزوجت ، ولو كان هو المرتد ثم أسلم ومات ورثته ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ، وقال الشافعى رضى الله عنهم لا ترثه .

ولنا أنها مطلقة فى المرض لم تفعل ما ينافى نكاحها مات زوجها فى عدتها فأشبه

ما لو لم ترتد ، ولو ارتد أحد الزوجين بعد الدخول من غير طلاق ثم عاد إلى الإسلام قبل انقضاء العدة ورثه الآخر لأن النكاح باق ، فإن انقضت العدة قبل رجوعه انفسخ النكاح ولم يرث أحدهما الآخر ، وإن قلنا إن الفرقة تتعجل عند اختلاف الدين لم يرث أحدهما الاخر ويتخرج أن يرثه الاخر إذا كان ذلك فى مرض موته لأنه تحصل به البينونة ، فأشبه الطلاق وهو قول مالك ، وقال أبو حنيفة وأصحابه إذا ارتدت المرأة ثم ماتت فى عدتها ورثها الزوج .

(فصـــل)

إذا طلق المسلم المريض زوجته الأمة والذمية طلاقا بائنا ثم أسلمت الذمية وعتقت الأمة ثم مات فى عدتهما لم ترثاه لأنه لم يكن عند الطلاق فاراً ، وإن قال لهما فى المرض : إذا عتقت أنت أو أسلمت أنت فأنتما طالقتان ، فعتقت الأمة وأسلمت الذمية ومات ورثتاه لأنه فار ، فإن قال لهما أنتما طالقتان غداً فعتقت الأمة وأسلمت الذمية لم ترثاه لأنه غير فار : وإن قال سيد الأمة : أنت حرة غداً : وقال الزوج أنت طالق غداً وهو يعلم بقول السيد ورثته لانه فار ؛ وإن لم يعلم لم ترثه لعدم الفرار ، ، وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعى رضى الله عنه ، ولم أعلم لهم مخالفاً .

(فصل) وإذا قال لامرأته فى صحته إذا مرضت فأنت طالق فحكمه حكم طلاق المرض سواء ، فإن أقر فى مرضه أنه كان طلقها فى صحته ثلاثا لم يقبل اقراره عليها وكان حكمه حكم طلاقه فى مرضه ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة ، وقال الشافعى رضى الله عنه يقبل اقراره . ولنا أنه اقرار بما يبطل به حق غيره فلم يقبل كما لو أقر بمالها .

(فصل) وان سألته الطلاق فى مرضه فأجابها فقال القاضى فيه روايتان : احداهما : لا ترثه لانه ليس بفار : والثانية : ترثه لانه طلقها فى مرضه وهو قول مالك وكذلك الحكم ان خالعها أو علق الطلاق على مشيئتها فشاءت أو على فعل من جهتها لها منه بد ففعلته أو خيرها فاختارت نفسها والصحيح فى هذا كله أنها لا ترثه لانه لا فرار منه ، وهذا قول أبى حنيفة والشافعى رضى الله عنه ، وان لم تعلم بتعليق طلاقها ففعلت ما علق عليه ورثته لانها معذورة فيه ، ولو سألته طلقة

فطلقها ثلاثا ورثته لانه أبانها بما لم تطلبه منه . وان علق طلاقها على فعل لا بد لها منه كصلاة مكتوبة وصيام واجب فى وقته نفعلته فحكمه حكم طلاقها ابتداء فى قولهم جميعا ، وكذلك ان علقه على كلامها لابويها أو لاحدهما ، وان قال فى مرضه أنت طالق ان قدم زيد ونحوه مما ليس من فعلها ولا فعله فوجد الشرط فطلقت به ورثته .

(فصل) فإن علق طلاقها فى الصحة على شرط وجد فى المرض كقدوم زيد ومجيء غد وصلاتها الفرض بانت ولم ترث لان اليمين كانت فى الصحة .

وذكر القاضي رواية أخرى أنها ترث وهو قول مالك لان الطلاق وقع فى المرض والاول أصح . وان علقه على فعل نفسه ففعله فى المرض ورثته لانه أوقع الطلاق بها فى المرض فأشبه ما لو كان التعليق فى المرض ، ولو قال فى الصحة أنت طالق ان لم أضرب غلامى فلم يضربه حتى مات ورثته وان ماتت لم يرثها ، وان مات الغلام والزوج مريض طلقت وكان كتعليقه على مجيء زيد أيضا ، وكذلك ان قال ان لم أوفك مهرك فأنت طالق ، وان ادعى الزوج أنه وفاها مهرها فأنكرته صدق الزوج فى توريثه منها لان الاصل بقاء النكاح ولم تصدق فى براءته منه لان الاصل بقاؤه فى ذمته ، ولو قال لها فى الصحة أنت طالق ان لم أتزوج عليك فكذلك ، نص عليه أحمد وهو قول الحسن ، ولو قذف المريض امرأته ثم لاعنها فى مرضه فبانت منه ثم مات فى مرضه ورثته وان ماتت لم يرثها ، وان قذفها فى صحته ولاعنها فى مرضه ومات فيه لم ترثه نص عليه أحمد وهو قول الشافعي واللؤلؤي . وذكر القاضي رواية أخرى : أنها ترث وهو قول أبي يوسف وان آلى منها فى مرضه ثم صح ثم نكس فى مرضه فبانت بالإيلاء لم ترثه .

(فصل) واذا استكره الابن امرأة أبيه على ما ينفسخ به نكاحها من وطء أو غيره فى مرض أبيه فمات أبوه من مرضه ذلك ورثته ولم يرثها ان ماتت ، وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه ، فإن طاوعته على ذلك لم ترث لانها مشاركة فيما ينفسخ به نكاحها ، فأشبه ما لو خالعته ؛ وسواء كان للميت بنون سوى هذا الابن أو لم يكن ، فإذا انتفت التهمة عنه بأن يكون غير وارث كالكافر والقاتل والرقيق

أو كان ابنا من الرضاعة أو ابن ابن محجوب بابن للميت أو بأبوين أو ابنين أو كان للميت امرأة أخرى تحوز ميراث الزوجات لم ترث لانتفاء التهمة ، ولو صار ابن الابن وارثا بعد ذلك لم يرث لانتفاء التهمة حال الوطء ، ولو كان حال الوطء وارثا فعاد محجوبا عن الميراث لورثت لوجود التهمة حين الوطء ، ولو كان للمريض امرأتان فاستكره ابنه احداهما لم ترثه لانتفاء التهمة عنه لكون ميراثها لا يرجع اليه ، ولو استكره الثانية بعدها لورثت الثالثة لانه متهم فى حقها ، ولو استكرههما معا دفعة واحدة ورثتا جميعا ، وهذا كله قول أبى حنيفة وأصحابه ، فأما الشافعى رضى الله عنه فانه لا يرى فسخ النكاح بالوطء الحرام ، وكذلك الحكم فيما اذا وطىء المريض من ينفسخ نكاحه بوطئها كأم امرأته أو ابنتها فان امرأته تبين منه وترثه اذا مات فى مرضه ولا يرثها وسواء طاوعته الموطوءة أو أكرهها فان مطاوعتها ليس للمرأة فيه فعل فيسقط به ميراثها ، فان كان زائل العقل حين الوطء لم ترث امرأته منه شيئا لانه ليس له قصد صحيح فلا يكون فاراً من ميراثها وكذلك لو وطىء ابنه امرأته مستكرها لها وهو زائل العقل لم ترث لذلك ، فان كان صبيا عاقلا ورثت لان له قصداً صحيحا ، وقال أبو حنيفه هو كالمجنون لان قوله لا عبرة به ؛ وكذلك الحكم فيما اذا وطىء بنت امرأته أو أمها ، وللشافعى فى وطء الصبى ابنة امرأته أو أمها قولان .

أحدهما : لا ينفسخ به نكاح امرأته لانه لا يحرم :

والثانى : أن امرأته تبين بذلك ولا ترثه ولا يرثها ، وفى القبلة والمباشرة دون الفرج روايتان ، احداهما : تنشر الحرمة وهو قول أبى حنيفة وأصحابه لانها مباشرة تحرم فى غير النكاح والملك فأشبهت الوطء ، والثانية : لا تنشرها لانها ليست بسبب للبعضة فلا تنشر الحرمة كالنظر والخلوة ، وخرج أصحابنا فى النظر الى الفرج والخلوة لشهوة وجها أنها تنشر الحرمة .

(فصل) وان فعلت المريضة ما يفسخ نكاحها كرضاع امرأة صغيرة لزوجها أو رضاع زوجها الصغير أو ارتدت أو نحو ذلك فماتت فى مرضها ورثها الزوج ولم ترثه ، وبهذا قال أبو حنيفة ؛ وقال الشافعى رضى الله عنه : لا يرثها .

ولنا أنها أحد الزوجين فر من ميراث الآخر فأشبه الرجل ، وان أعتقت فاختارت نفسها أو كان الزوج عنينا فأجل سـنة ولم يصبها حتى مرضت فى آخر الحول فاختارت فرقته ، وفرق بينهما لم يتوارثا فى قولهم أجمعين ، ذكره ابن اللبان فى كتابه ، وذكر القاضى فى المعتقة إذا اختارت نفسها فى مرضها لم يرثها : وذلك لأن فسخ النكاح فى هذين الموضعين لدفع الضرر لا للفرار من الميراث ، وإن قبلت ابن زوجها لشهوة خرج فيه وجهان .

أحدهما : ينفسخ نكاحها ويرثها إذا كانت مريضة وماتت فى عدتها ، وهذا قول أبى حنيفة وأصحابه .

والثانى : لا ينفسخ النكاح به وهو قول الشافعى رضى الله عنه : ولو أن رجلا زوج ابنة أخيه وهى صغيرة ثم بلغت فسخت النكاح فى مرضها ، لم يرثها الزوج بغير خلاف نعلمه لان النكاح من أصله غير صحيح فى صحيح المذهب ، وهو قول الشافعى رضى الله عنه ، وروى عن أحمد ما يدل على صحته ولها الخيار ، وهو مذهب أبى حنيفة وأصحابه إلا أن الفسخ لإزالة الضرر لا من أجل الفرار فلم يرثها كما لو فسخت المعتقة نكاحها والله أعلم .

فصل

اذا طلق المريض امرأته ثم نكح أخرى ومات من مرضه فى عدة المطلقة ورثتاه جميعا : هذا قول أبى حنيفة وأهل العراق وأحد قولى الشافعى (رض) والقول الآخر : لا ترث المبتوتة فيكون الميراث كله للثانيه .

وقال مالك : الميراث كله للمطلقة لأن نكاح المريض عنده غير صحيح وجعل بعض أصحابنا فيها وجها أن الميراث كله للمطلقة لانها ترث منه ما كانت ترث قبل طلاقها وهو جميع الميراث فكذلك بعده وليس هذا بصحيح فإنها انما ترث ما كانت ترث لو لم يطلقها ولو لم يطلقها وتزوج عليها لم ترث الا نصف ميراث الزوجات فكذلك اذا طلقها : فعلى هذا لو تزوج ثلاثا فى مرضه فليس للمطلقة الا ربع ميراث الزوجات ولكل واحدة من الزوجات ربعه ، وان مات بعد انقضاء عدة المطلقة ، فالميراث للزوجات فى احدى الروايتين ، وهو قول الشافعى رضى الله عنه وأبى حنيفة وأصحابه .

والروايه الاخرى أن الميراث للأربع وعند مالك الميراث كله للمطلقة ، وان كان له أربع نسوة فطلق إحداهن ثلاثا فى مرضه ثم نكح أخرى فى عدة المطلقة أو طلق إمرأة واحدة ونكح أختها فى عدتها ومات فى عدتها فالنكاح باطل والميراث بين المطلقة وباقى الزوجات الأوائل . وهذا قول أبى حنيفة ومالك ، وقال الشافعى رضى الله عنه : النكاح صحيح والميراث للجديدة مع باقى المنكوحات دون المطلقة ويجىء على قوله القديم وجهان .

أحدهما : أن يكون الميراث بين المطلقة وباقى الزوجات كقول الجمهور ولا شىء للمنكوحة

والثانى : أن يكون بينهن على خمسة لكل واحدة منهن خمسه فإن مات بعد انقضاء عدة المطلقة فى ميراثها روايتان ، إحداهما . لا ميراث لها فيكون الميراث لباقى الزوجات : وهو قول أبى حنيفة وأهل العراق . والثانية : ترث معهن ولا شىء للمنكوحة ، وقال الشافعى رضى الله عنه : الميرات للمنكوحات كلهن ولا شىء للمطلقة . وان تزوج الخامسة بعد انقضاء عدة المطلقة صح نكاحها ، وهل ترث المطلقة ؟ على روايتين .

احداهما : لا ترث وهو ظاهر كلام أحمد لأنه قال يلزم من قال يصح النكاح فى العدة أن يرث ثمان نسوة وأن يرثه أختان فيكون مسلم يرثه ثمان نسوة أو أختان وتوريث المطلقات بعد العدة يلزم منه هذا أو حرمان الزوجات المنصوص على ميراثهن فيكون منكراً له غير قائل به . فعلى هذا يكون الميرات للزوجات دون المطلقة ، والرواية الثانية : ترث المطلقة فيخرج فيه وجهان :

أحدهما . يكون الميرات بين الخمس .

والثانى : يكون للمطلقة والمنكوحات الأوائل دون الجديدة لأن المريض ممنوع من أن يحرمهن ميراثهن بالطلاق فكذلك يمنع من تنقيصهن منه وكلا الوجهين بعيد ، أما أحدهما فيرده نص الكتاب على توريث الزوجات فلا يجوز مخالفته بغير نص ولا إجماع ولا قياس على صورة مخصوصة من النص فى معناه وأما الآخر فلأن الله تعالى لم يبح نكاح أكثر من أربع ولا الجمع بين الأختين فلا يجوز أن يجتمعن فى ميراثه بالزوجية ، وعلى هذا لو طلق أربعا فى مرضه

وانقضت عدتهن ونكح أربعا سواهن ثم مات من مرضه فعلى الأول ترثه المنكوحات دون المطلقات وعلى الثاني يكون فيه وجهان .

أحدهما : أن الميراث كله للمطلقات وعلى الثاني هو بين الثمان . وقال مالك : الميراث للمطلقات ولاشيء للمنكوحات لأن نكاحهن غير صحيح عنده ، وان صح من مرضه فتزوج أربعاً في صحته ثم مات فالميراث لهن في قول الجمهور ولا شيء للمطلقات في قول مالك ومن وافقه ، وكذلك إن تزوجت المطلقات لم يرثن شيئا الا في قوله وقول من وافقه . ولو طلق أربعا بعد دخوله بهن ثلاثا في مرضه وقال قد أخبرنني بانقضاء عدتهن فكذبنه فله أن ينكح أربعا سواهن إذا كان ذلك في مدة يمكن انقضاء العدة فيها ولا يقبل قوله عليهن في حرمان الميراث ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف واللؤلؤى إذا كان بعد أربعة أشهر .

وقال زفر : لا يجوز له التزويج أيضا . والأول أصح لأن هذا حكم فيما بينه وبين الله تعالى لا حق لهن فيه فقبل قوله فيه ، فعلى هذا إن تزوج أربعا في عقد واحد ثم مات ورثه المطلقات دون المنكوحات إلا أن يمتن قبله فيكون الميراث للمنكوحات ، وان أقررن بانقضاء عدتهن . وقلنا لا ميراث لهن بعد انقضاء العدة فالميراث للمنكوحات أيضا ، وان مات منهن ثلاث فالميراث للباقية ، وان مات منهن واحدة ومن المنكوحات واحدة أو اثنتان أو مات من المطلقات اثنتان ومن المنكوحات واحدة فالميراث لباقي المطلقات ، وان مات من المطلقات واحدة ومن المنكوحات ثلاثا أو من المطلقات اثنتان ومن المنكوحات اثنتان أو من المطلقات ثلاث ومن المنكوحات واحدة فالميراث بين البواقي من المطلقات والمنكوحات معا لأنه لو استأنف العقد على الباقيات من الجميع جاز فكان صحيحا وان تزوج المنكوحات في أربع عقود فمات من المطلقات واحدة ورثت مكانها الاولى من المنكوحات .

وان مات اثنتان ورثت الأولى والثانية ، وان مات ثلاث ورثت الأولى والثانية والثالثة من المنكوحات مع من بقي من المطلقات ، وهذا على قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف واللؤلؤى ، وأما زفر فلا يرى صحة نكاح المنكوحات حتى يصدقه المطلقات .

وأما الشافعى رضى الله عنه : فيباح عنده التزويج فى عدة المطلقات : فعلى قوله إذا طلق أربعا ونكح أربعا فى عقد أو عقود ثم مات من مرضه فالميراث للمنكوحات وعلى قوله القديم يخرج فيه وجهان :

أحدهما : أن الميراث بين الثمان .

والثانى : أن الميراث للمطلقات دون المنكوحات ، فإن مات بعض المطلقات أو انقضت عدتهن فللمنكوحات ميراث الميتات . وان ماتت واحدة فللزوجات ربع ميراث النساء ، وان ماتت اثنتان فللزوجات نصف الميراث ، فإن مات ثلاث فلهن ثلاثة أرباع الميراث إذا كان نكاحهن فى عقد واحد . وان كان فى عقود متفرقة فإذا ماتت واحدة من المطلقات فميراثها للأولى من المنكوحات وميراث الثانية للثانية ، وميراث الثالثة للثالثة .

(فصل)

إذا قال الرجل لنسائه : إحداكن طالق يعنى واحدة بعينها طلقت وحدها ويرجع الى تعيينه ويؤخذ بنفقتهن كلهن الى أن تعين ، وان كان الطلاق بائنا منع منهن الى أن يعين .

فإن قال : أردت هذه . طلقت وحدها . وان قال : لم أرد هؤلاء الثلاث طلقت الرابعة ، وان عاد فقال : أخطأت . إنما أردت هذه طلقت الأخرى ، وان متن أو إحداهن قبل أن يبين رجع الى قوله ، فمن أقر بطلاقها حرمناه ميراثها وأحلفناه لورثة من لم يعينها ، وهذا قول الشافعى رضى الله عنه ، وان لم يعن بذلك واحدة بعينها أو مات قبل التعيين أخرجت بالقرعة ، وكذلك إن طلق واحدة من نسائه بعينها فأنسيها فمات أخرجت بالقرعة فمن تقع عليها القرعة فلا ميراث لها ، روى ذلك عن على رضى الله عنه ، وهو قول أبى ثور .

وروى عطاء عن ابن عباس ، أن رجلا سأله فقال : ان لى ثلاث نسوة ، وإنى طلقت إحداهن فبتت طلاقها ، فقال ابن عباس رضى الله عنه : ان كنت نويت واحدة منهن بعينها ثم أنسيتها فقد اشتركن فى الطلاق ، وان لم تكن نويت واحدة بعينها فطلق أيتهن شئت ،

وقال الشافعى رضى الله عنه وأهل العراق : يرجع إلى تعيينه فى المسائل كلها

فإن وطىء احداهن كان تعيينا لها بالنكاح فى قول أهل العراق وبعض أصحاب الشافعى رضى الله عنه ، وقال الشافعى : لا يكون تعيينا ، فإن مات قبل أن يبين فالميراث بينهن كلهن فى قول أهل العراق .

وقال مالك : يطلقن كلهن ولا ميراث لهن ، وقال الشافعى رضى الله عنه : يوقف ميراثهن . وان كان الطلاق قبل الدخول دفع الى كل واحــدة نصف مهر ووقف الباقى فى مهورهن . وقال داود : يبطل حكم طلاقهن لموضع الجهالة ولكل واحدة مهر كامل والميراث بينهن . وان متن قبله طلقت الآخرة فى قول أهل العراق وقال الشافعى رضى الله عنه : يرجع الى تعيينه على ما ذكرناه .

ولنا قول على رضى الله عنه ولا يعارضه قول ابن عباس . لأن ابن عباس يعترف لعلى بتقديم قوله ، فإنه قال ، اذا ثبت لنا عن على قول لم نعده الى غيره وقال ، ما علمى الى علم على الا كالقرارة الى المثعنجر ، ولأنه ازالة ملك عن الآدمى فتستعمل فيه القرعة عند الاشتباه كالعتق ، وقد بينت ذلك فى العتق بخبر عمران ابن الحصين . ولأن الحقوق تساوت على وجه تعذر تعيين المستحق فيه من غير قرعة فينبغى أن تستعمل فيه القرعة ، كالقسمة فى السفر بين النساء ، فأما قسم الميراث بين الجميع ففيه دفع الى احداهن ما لا تستحقه وتنقيص بعضهن حقها يقينا والوقف الى غير غاية تضييع لحقوقهن وحرمان الجميع منع الحق عن صاحبه يقينا ولو كان له امرأتان فطلق احداهما ثم ماتت احداهما ثم مات أقرع بينهما فمن وقعت عليها قرعة الطلاق لم يرثها ان كانت الميتة ولم ترثه ان كانت الأخرى :

وفى قول أهل العراق : يرث الأولى ولا ترثه الأخرى وللشافعى قولان

أحدهما . يرجع الى تعيين الوارث ، فإن قال : طلق الميتة لم يرثها وورثته الحية وان قال طلق الحية حلف على ذلك وأخذ ميراث الميتة ولم تورث الحية .

والقول الثانى : يوقف من مال الميتة ميراث الزوج ومن مال الزوج ميراث الحية ، وان كان له امرأتان قد دخل بإحداهما دون الاخرى وطلق احداهما لا بعينها ، فمن خرجت لها القرعة فلها حكم الطلاق وللأخرى حكم الزوجيه ، وقال أهل العراق : للمدخول بها ثلاثة أرباع الميراث ان مات فى عدتها وللأخرى ربعه لأن للمدخول بها نصفه بيقين والنصف الآخر بتداعيانه فيكون بينهما ،

وفى قول الشافعى : النصف للمدخول بها والثانى موقوف ، وإن كانتا مدخولا بهما فقال فى مرضه : أردت هذه ثم مات فى عدتها لم يقبل قوله ، لأن الإقرار بالطلاق فى المرض كالطلاق فيه . وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف

وقال زفر : يقبل قوله والميراث للأخرى . وهو قياس قول الشافعى ، ولو كان للمريض امرأة أخرى سوى هاتين فلها نصف الميراث وللاثنتين نصفه ، وفى قول الشافعى نصفه موقوف

(فصل) ولو كان له أربع نسوة فطلق إحداهن غير معينة ثم نكح خامسة بعد انقضاء عدتها ثم مات ولم يبين فللخامسة ربع الميراث والمهر ويقرع بين الاربع . وقال أهل العراق : لهن ثلاثة أرباع الميراث بينهن ، وإن كن غير مدخول بهن فلهن ثلاثة مهور ونصف .

وفى قول الشافعى : يوقف ثلاثة أرباع الميراث ومهر ونصف بين الأربع ، فإن جاءت واحدة تطلب ميراثها لم تعط شيئا ، وإن طلبه اثنتان دفع اليهما ربع الميراث . وإن طلبه ثلاث دفع اليهن نصفه . وإن طلبه الاربع دفع اليهن ، ولو قال بعد نكاح الخامسة : إحداكن طالق ، فعلى قولهم للخامسة ربع الميراث لأنها شريكة ثلاث وباقيه بين الأربع كالأولى وللخامسة سبعة أثمان مهر ، لأن الطلاق نقصها وثلاثاً معها نصف مهر ويبقى للاربع ثلاثة وثمن بينهن فى قول أهل العراق فإن تزوج بعد ذلك سادسة فلها ربع الميراث ومهر كامل وللخامسة ربع ما بقى وسبعة أثمان مهر وللاربع ما بقى وثلاثة مهور وثمن ، ويكون الربع مقسوماً على أربعة وستين .

فإن قال بعد ذلك إحداكن طالق لم يختلف الميراث ولكن تختلف المهور فللسادسة سبعة أثمان مهر وللخامسة خمسة وعشرون جزءاً من اثنين وثلاثين من مهر ويبقى للاربع مهران وسبعة وعشرون جزءاً من مهر ، وعند الشافعى يوقف ربع الميراث بين الست وربع آخر بين الخمس وباقيه بين الأربع ويوقف نصف مهر بين الست ونصف بين الخمس ونصف بين الأربع ويدفع الى كل واحدة نصف [1]

---

(١) فى نسخة نصيب

باب الاشتراك فى الطهر

إذا وطىء رجلان امرأة فى طهر واحـــد وطئا يلحق النسب من مثله فأتت بولد يمكن أن يكون منهما ، مثل أن يطأ الشريكان جاريتهما المشتركة أو يطأ الانسان جاريته ثم يبيعها قبل أن يستبرئها فيطؤها المشترى قبل استبرائها أو يطؤها رجلان بشبهة ، أو يطلق رجل امرأته فيتزوجها غيره فى عدتها ويطؤها ، أو يطأ إنسان جارية آخر أو امرأته بشبهة فى الطهر الذى وطئها فيه سيدها أو زوجها ثم تأتى بولد يمكن أن يكون منهما فإنه يرى القافة معهما . وهذا قول عطاء ومالك والليث والأوزاعي والشافعي وأبي ثور ، فإن ألحقته بأحدهما لحق به وان نفته عن أحدهما لحق الآخر . وسواء ادعياه أو لم يدعياه ، أو ادعاه أحدهما وأنكره الآخر وان ألحقته القافة بهما لحقهما وكان ابنهما . وهذا قول الاوزاعى والثورى وأبى ثور ، ورواه بعض أصحاب مالك عنه

وقال مالك : لا يرى ولد الحرة للقافة ، بل يكون اصحاب الفراش الصحيح دون الواطىء بشبهة

وقال الشافعي : لا يلحق بأكثر من واحد ، فإن ألحقته القافة بأكثر من واحد كان بمنزلة أن لا يوجد قافة ، ومتى لم يوجد قافة أو أشكل عليها أو اختلف القائفان فى نسبه ، فقال أبو بكر : يضيع نسبه ولا حكم لاختياره ويبقى على الجهالة أبداً ، وهو قول مالك

وقال ابن حامد : يترك حتى يبلغ فينتسب الى أحدهما ، وهو قول الشافعى الجديد ، وقال فى القديم : يترك حتى يميز . وذلك لسبع أو ثمان فينتسب الى أحدهما ونفقته عليهما الى أن ينتسب الى أحدهما فيرجع الآخر عليه بما أنفق ، واذا ادعى اللقيط اثنان أرى القافة معهما ، وان مات الولد المدعى فى هذه المواضع قبل أن يرى القافة وله ولد أرى ولده القافة مع المدعين ، ولو ماتت الرجلان أرى القافة مع عصبتهما ، وإن ادعاه أكثر من اثنين فألحقته القافة بهم لحق

وقد نص أحمد على أنه يلحق بثلاثة ، ومقتضى هذا أنه يلحق بهم وإن كثروا .
وقال القاضى : لا يلحق بأكثر من ثلاثة ، وهو قول محمد بن الحسن . وروى عن أبى يوسف . وقال ابن حامد : لا يلحق بأكثر من اثنين . وروى أيضا عن أبى يوسف .

وقال الثورى وأبو حنيفة وأصحابه وشريك ويحيى بن آدم : لاحكم للقافة بل إذا سبق أحدهما بالدعوى فهو إبنه ، فإن ادعياه معاً فهو ابنهما ، وكذلك إن كثر الواطئون وادعوه معاً فإنه يكون لهم جميعاً .

وروى عن على رضى الله عنه أنه قضى فى ذلك بالقرعة واليمين ، وبه قال ابن أبى ليلى وإسحاق ، وعن أحمد نحوه إذا عدمت القافة ، وقد ذكرنا أكثر هذه المسائل مشروحة مدلولا عليها فى مواضعها . والغرض ههنا ذكر ميراث المدعى والتوريث منه وبيان مسائله

« مسألة » إذا ألحق باثنين فمات وترك أمه حرة فلها الثلث والباقى لهما ، فإن كان لكل واحد منهما ابن سواه أو لأحدهما ابنان فلأمه السدس ، فإن مات أحد الأبوين وله ابن آخر فماله بينهما نصفين ، فإن مات الغلام بعد ذلك فلأمه السدس والباقى للباقى من أبويه ولا شيء لاخوته لانهما محجوبان بالأب الباقى ، فإن كان الغلام ترك ابنا فللباقى من الأبوين السدس والباقى لابنه ، وإن مات قبل أبويه وترك ابنا فلهما جميعا السدس والباقى لابنه ، فإن كان لكل واحد منهما أبوان ثم ماتا ثم مات الغلام وله جدة أم أم وابن فلام أمه نصف السدس ولأمى المدعيين نصفه كأنهما جدة واحدة وللجدين السدس والباقى للابن فإن لم يكن ابن فللجدين الثلث لأنهما بمنزلة جد واحد والباقى للاخوين ، وعند أبى حنيفة الباقى كله للجدين لان الجد يسقط الأخوة ، وان كان المدعيان أخوين والمدعى جارية فمات وخلفا أباهما فلهما من مال كل واحد نصفه والباقى للاب فإن مات الأب بعد ذلك فلها النصف لأنها بنت ابن .

وحكى الخبرى عن أحمد وزفر وابن أبى زائدة أن لها الثلثين لأنها بنت ابنيه فلها ميراث بنتى ابن وإن كان المدعى ابنا فمات أبواه ولأحدهما بنت ثم مات أبوهما

فميراثه بين الغلام والبنت على ثلاثة . وعلى القول الآخر على خمسة لأن الغلام يضرب بنصيب ابنى ابن ، وإن كان لكل واحد منهما بنت فللغلام من مال كل واحد منهما ثلثاه وله من مال جده نصفه ، وعلى القول الآخر له ثلثاه ولهما سدساه وإن كان المدعيان رجلا وعمة والمدعى جارية فماتا وخلفا أبويهما ثم مات أبو الاصغر فلها النصف والباقى لأبى العم لأنه أبوه . وإذا مات أبو العم فلها النصف من ماله أيضا . وعلى القول الآخر لها الثلثان لأنها بنت ابن وبنت ابن ابن . وان كان المدعى رجلا وابنه فمات الابن فلها نصف ماله ، وإذا مات الاب فلها النصف أيضا . وعلى القول الآخر لها الثلثان

وقال أبو حنيفة : إذا تداعى الأب وابنه قدم الأب ولم يكن للابن شىء ، وان مات الاب أولا فما بين ابنه وبينها على ثلاثة ثم تأخذ نصف مال الاصغر لكونها بنته وباقيه لانها أخته ، وفى كل ذلك إذا لم يثبت نسب المدعى وقف نصيبه ودفع الى كل وارث اليقين ووقف الباقى حتى يثبت نسبه أو يصطلحوا . فلو كان المدعون ثلاثة فمات أحدهم وترك إبنا وألفا ، ثم مات الثانى وترك ابنا وألفين ، ثم مات الثالث وترك ابنا وعشرين ألفا وترك أربعة آلاف وأما حرة وقد ألحقته القافة بهم فقد ترك خمسة عشر ألفا وخمسمائة فلأمه سدسها والباقى بين إخوته الثلاثة أثلاثا ، وإن كان موتهم قبل ثبوت نسبه دفع الى الإمام ثلث تركته وهو ألف وخمسمائة ، لأن أدنى الاحوال أن يكون ابن صاحب الالف فيرث منه خمسمائة ، وقد كان وقف له من مال كل واحد من المدعين نصف ماله فيرد الى ابن صاحب الالف وابن صاحب الالفين ما وقف من مال أبويهما لانه لم يكن أخا لهما فذلك لهما من أبويهما ، وان كان أخا أحدهما فهو يستحق ذلك وأكثر منه بإرثه منه ويرد على ابن الثالث تسعة آلاف وثلث ألف ويبقى ثلثا ألف موقوفة بينه وبين الام لانه يحتمل أن يكون أخاه فيكون قد مات عن أربعة عشر ألفا لامه ثلثها ويبقى من مال الابن ألفان وخمسمائة موقوفة يدعيها ابن صاحب الالف كلها ويدعي منها ابن صاحب الالفين ألفين وثلثا فيكون ذلك موقوفا بينهما وبين الام وسدس الالف بين الام وابن صاحب

الالف ، فإن ادعى أخوان ابنا ولهما أب فمات أحدهما وخلف بنتا ثم مات الآخر قبل ثبوت نسب المدعى وقف من مال الاول خمسة أتساعه منها تسعان بين الغلام والبنت وثلاثة أتساع بينه وبين الاب ويوقف من مال الثانى خمسة أسداس بينه وبين الاب ، فإن مات الأب بعدهما وخلف بنتا فلها نصف ماله ونصف ما ورثه عن ابنته والباقى بين الغلام وبنت الإبن لأنه ابن ابنه بيقين ويدفع الى كل واحد منهم من الموقوف اليقين ويوقف الباقى ، فتقدره مرة ابن صاحب البنت ومرة ابن الآخر وتنظر ماله من كل واحد منهم فى الحالين فتعطيه أقلهما . فللغلام فى حال الموقوف من مال الثانى وخمس الموقوف من مال الأول . وفى حال كل الموقوف من مال الأول وثلث الموقوف من الثانى فله أقلهما : ولبنت الميت الأول فى حال النصف من مال أبيها وفى حال السدس من مال عمها ، ولبنت الأب فى حال نصف الموقوف من مال الثانى ، وفى حال ثلاثة أعشاره من مال الأول فتدفع اليها أقلهما ويبقى باقى التركة موقوفا بينهم حتى يصطلحوا عليه . ومن الناس من يقسمه بينهم على حسب الدعاوى .

ومتى اختلفت أجناس التركة ولم يصر بعضهم قصاصا عن بعض قوّمت وعمل فى قيمتها على ما بينا فى الدراهم إن تراضوا على ذلك ، أو يبيع الحاكم عليهم ليصير الحق كله من جنس واحد لما فيه من الصلاح لهم ويوقف الفضل المشكوك فيه بينهم على الصلح .

ولو ادعى إثنان غلاما فألحقته القافة بهما ، ثم مات أحدهما وترك ألفا وبنتا وعما ، ثم مات الآخر وترك ألفين وابن ابن . ثم مات الغلام وترك ثلاثة آلاف وأما كان للبنت من تركة أبيها ثلثها وللغلام ثلثاها وتركة الثانى كلها له لأنه ابنه فهو أحق من ابن الابن ، ثم مات الغلام عن خمسة آلاف وثلثى ألف فلأمه ثلث ذلك ولأخته نصفه وباقيه لابن الابن لأنه ابن أخيه ولا شيء للعم ، وإن لم يثبت نسبه فلابنة الاول ثلث الالف ويوقف ثلثاها وجميع تركة الثانى، فإذا مات الغلام فلأمه من تركته ألف وثلثا ألف : لان أقل أحواله أن يكون ابن الاول فيكون قد مات عن ثلاثة آلاف وثلثى ألف ويرد الموقوف من مال أبى البنت على البنت والعم فيصطلحان عليه لانه لهما ، إما عن صاحبها أو الغلام ويرد الموقوف

من مال الثانى الى ابن ابنه لانه له إما عن جده وإما عن عمه وتعطى الام من تركة الغلام ألفا وتسمى ألف لانه أقل مالها ويبقى ألف وسبعة أتساع ألف تدعى الام منها أربعة أتساع ألف تمام ثلث خمسة آلاف ، ويدعى منها ابن الابن ألفا وثلثا تمام ثلثى خمسة آلاف وتدعى البنت والعم جميع الباقى فيكون ذلك موقوفا بينهم حتى يصطلحوا .

ولو كان المولود فى يدى امرأتين فادعياه معا أرى القافة معهما ، فإن ألحقته بإحداهما لحق بها وورثها وورثته فى إحدى الروايات ، وان ألحقته بهما أو نفته عنهما لم يلحق بواحدة منهما ، وان قامت لكل واحدة منهما بينة تعارضتا ولم تسمع بينتهما ، وبهذا قال أبو يوسف واللؤلؤى . وقال أبو حنيفة . يثبت نسبه منهما ويرثانه ميراث أم واحدة كما يلحق برجلين

ولنا أن إحدى البنتين كاذبة يقينا فلم تسمع كما لو علمت . ومن ضرورة ردها ردهما لعدم العلم بعينها ، ولان هذا محال فلم يثبت ببينة ولا غيرها ، كما لو كان الولد أكبر منهما .

ولو أن امرأة معها صبى ادعاه رجلان ، كل واحد يزعم انه ابنه منها وهى زوجته فكذبتهما لم يلحقهما ، وان صدقت أحدهما لحقه ، كما لو كان بالغا فادعياه فصدق أحدهما ، ولو أن صبيا مع امرأة فقال زوجها : هو ابنى من غيرك فقالت : بل هو ابنى منك لحقهما جميعا

كتاب الولاء

قال الله تعالى (٣٣ : ٥ فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم فى الدين ومواليكم) يعنى الأدعياء ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم « الولاء لمن أعتق » وقال سعيد حدثنا سفيان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الولاء وعن هبته » متفق عليها ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم « لعن الله من تولى غير مواليه » قال الترمذى : هذا حديث حسن صحيح ، وقال صلى الله عليه وسلم « مولى القوم منهم » حديث صحيح ، وروى الخلال بإسناده عن إسماعيل ابن أبى خالد عن عبد الله بن أبى أوفى قال : قال لى النبى صلى الله عليه وسلم « الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب » .

« مسألة » قال (والولاء لمن أعتق وإن اختلف ديناهما)

أجمع أهل العلم على أن من أعتق عبداً أو عتق عليه ولم يعتقه سائبة أن له عليه الولاء ، والأصل فى هذا قول النبى صلى الله عليه وسلم « الولاء لمن أعتق » وأجمعوا أيضاً على أن السيد يرث عتيقه إذا مات جميع ماله إذا اتفق ديناهما ولم يخلف وارثا سواه ، وذلك لقول النبى صلى الله عليه وسلم « الولاء لحمة كلحمة النسب » والنسب يورث به ولا يورث كذلك الولاء .

وروى سعيد عن عبد الرحمن بن زياد حدثنا شعبة عن الحكم عن عبد الله ابن شداد قال « كان لبنت حمزة مولى أعتقته فمات وترك ابنته ومولاته ، فأعطى النبى صلى الله عليه وسلم ابنته النصف وأعطى مولاته بنت حمزة النصف » قال وحدثنا خالد بن عبد الله عن يونس عن الحسن قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الميراث للعصبة : فإن لم يكن عصبة فللمولى » وعنه « أن رجلا أعتق عبداً فقال للنبى صلى الله عليه وسلم : ما ترى فى ماله ؟ قال : إن مات ولم يدع وارثا فهو لك » .

(فصل) ويقدم المولى فى الميراث على الرد وذوى الأرحام فى قول جمهور العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم ، فإذا مات رجل وخلف بنته ومولاه فلبنته

النصف والباقي لمولاه ، وإن خلف ذا رحم ومولاه فالمال لمولاه دون ذي رحمه ، وعن عمر وعلي : يقدم الرد على المولى وعنهما ، وعن ابن مسعود تقديم ذي الأرحام على المولى ، ولعلهم يحتجون بقول الله تعالى (وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) .

ولنا حديث عبد الله بن شداد وحديث الحسن ، ولانه عصبة يعقل عن مولاه فيقدم على الرد وذوي الرحم كابن العم .

(فصل) وإن كان للمعتق عصبة من نسبه أو ذوو فرض تستغرق فروضهم المال فلا شيء للمولى ، لا نعلم في هذا خلافا ، لما تقدم من الحديث ولقول النبي صلى الله عليه وسلم « ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر » وفي لفظ « فلأولى عصبة ذكر » والعصبة من القرابة أولى من ذي الولاء لانه مشبه بالقرابة والمشبه به أقوى من المشبه ، ولان النسب أقوى من الولاء بدليل أنه يتعلق به التحريم والنفقة وسقوط القصاص ورد الشهادة ولا يتعلق ذلك بالولاء .

(فصل) وإن اختلف دين السيد وعتيقه فالولاء ثابت لا نعلم فيه خلافا لعموم قول النبي صلى الله عليه وسلم « الولاء لمن أعتق » ولقوله « الولاء لحمة كلحمة النسب » ولحمة النسب تثبت مع اختلاف الدين وكذلك الولاء ، ولان الولاء انما يثبت له عليه لإنعامه بإعتاقه وهذا المعنى ثابت مع اختلاف دينهما ، ويثبت الولاء للذكر على الانثى والانثى على الذكر ولكل معتق لعموم الخبر والمعنى ، ولحديث عبد الله بن شداد ، وهل يرث السيد مولاه مع اختلاف الدين ؟ فيه روايتان .

احداهما : يرثه ، روى ذلك عن علي وعمر بن عبد العزيز ، وبه قال أهل الظاهر ، واحتج أحمد بقول علي : الولاء شعبة من الرق : وقال مالك يرث المسلم مولاه النصراني لانه يصلح له تملكه ولا يرث النصراني مولاه المسلم لانه لا يصلح له تملكه : وجمهور العلماء على أنه لا يرثه مع اختلاف دينهما ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » ولانه ميراث فيمنعه اختلاف الدين كميراث النسب ، ولان اختلاف الدين مانع من الميراث فمنع الميراث بالولاء كالقتل والرق ، يحققه أن الميراث بالنسب أقوى فإذا منع الاقوى

فالاضعف أولى ، ولان النبي صلى الله عليه وسلم ألحق الولاء بالنسب بقوله « الولاء لحمة كلحمة النسب » وكما يمنع اختلاف الدين التوارث مع صحة النسب وثبوته كذلك يمنعه مع صحة الولاء وثبوته فإذا اجتمعا على الإسلام توارثا كالمتناسبين وهذا أصح فى الاثر والنظر إن شاء الله تعالى فان كان للسيد عصبة على دين العبد ورثه دون سيده ، وقال داود لا يرث عصبته مع حياته .

ولنا أنه بمنزلة ما لو كان الاقرب من العصبة مخالفا لدين الميت والابعد على دينه ورث دون القريب .

(فصل)

وإن أعتق حربي حربيا فله عليه الولاء لان الولاء مشبه بالنسب والنسب ثابت بين أهل الحرب فكذلك الولاء ، وهذا قول عامة أهل العلم إلا أهل العراق منهم قالوا العتق فى دار الحرب والكتابه والتدبير لا يصح ولو استولد أمته لم تصر أم ولد مسلما كان السيد أو ذميا أو حربيا .

ولنا أن ملكهم ثابت بدليل قول الله تعالى (وأورثكم أرضهم وديارهم وأموالهم) فنسبها إليهم ، فصح عتقهم كأهل الإسلام . وإذا صح عتقهم ثبت الولاء لهم ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « الولاء لمن أعتق » فان جاءنا المعتق مسلما فالولاء بحاله ، فان سبي مولى النعمه لم يرث ما دام عبداً . فان أعتق فعليه الولاء لمعتقه وله الولاء على معتقه ، وهل يثبت لمعتق السيد ولاء على معتقه ؟ يحتمل أن يثبت لانه مولى مولاه ، ويحتمل أن لا يثبت لانه ما حصل منه إنعام عليه ولا سبب لذلك ، فان كان الذى اشتراه مولاه فأعتقه فكل واحد منهما مولى صاحبه يرثه بالولاء ، وإن أسره مولاه فأعتقه فكذلك ، وإن أسره مولاه وأجنبي فأعتقاه فولاؤه بينهما نصفين ، فان مات بعده المعتق الاول فلشريكه نصف ماله لانه مولى نصف مولاه على أحد الاحتمالين والآخر لا شيء له لانه لم ينعم عليه ، وان سبي المعتق فاشتراه رجل فأعتقه بطل ولاء الاول وصار الولاء للثاني ، وبهذا قال مالك والشافعي ، وقيل الولاء بينهما ، واختاره ابن المنذر . لانه ليس أحدهما أولى من الآخر ، وقيل الولاء للأول لانه أسبق .

ولنا أن السبي يبطل ملك الاول الحربي فالولاء التابع له أولى ، ولان الولاء

بطل باسترقاقه فلم يعد باعتاقه ، وإن أعتق ذمى عبداً كافراً فهرب إلى دار الحرب فاسترق فالحكم فيه كالحكم فيما إذا أعتقه الحربى سواء ، وإن أعتق مسلم كافراً فهرب إلى دار الحرب ثم سباه المسلمون فذكر أبو بكر والقاضى أنه لا يجوز استرقاقه وهو قول الشافعى ، لأن فى استرقاقه إبطال ولاء المسلم المعصوم ، قال ابن اللبان ولأن له أمانا بعتق المسلم اياه ، والصحيح إن شاء الله جواز استرقاقه لأنه كافر أصلى كتابى لجاز استرقاقه كعتق الحربى وكغير المعتق .

وقولهم فى استرقاقه : إبطال ولاء المسلم ، قلنا . لا نسلم بل متى أعتق عادالولاء للأول ، وإنما امتنع عمله فى حال رقه لمانع ، وإن سلمنا ان فيه إبطال ولائه فكذلك فى قتله وقد جاز إبطال ولائه بالقتل فكذلك بالاسترقاق ، ولأن القرابة يبطل عملها بالاسترقاق فكذلك الولاء . وقول ابن اللبان : له أمان ، لا يصح فانه لو كان له امان لم يجز قتله ولا سبيه، فعلى هذا إن استرق ثم أعتق احتمل أن يكون الولاء للثانى لأن الحكمين إذا تنافيا كان الثابت هو الآخر منهما كالناسخ والمنسوخ ، واحتمل أنه للاول لأن ولاءه ثبت وهو معصوم فلا يزول بالاستيلاء كحقيقة الملك ، ويحتمل أنه بينهما وأيهما مات كان للثانى ، وإن أعتق مسلم مسلماً أو أعتقه ذمى فارتد ولحق بدار الحرب فسبى لم يجز استرقاقه ، وإن اشترى فالشراء باطل ولا يقبل منه إلا التوبة أو القتل .

(فصل) ولا يصح بيع الولاء ولا هبته ولا أن يأذن لمولاه فيوالى من شاء ، روى ذلك عن عمر وعلى وابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم : وبه قال سعيد بن المسيب وطاوس وإياس ابن معاوية والزهرى ومالك والشافعى وأبو حنيفة وأصحابه ، وكره جابر بن عبد الله بيع الولاء ، قال سعيد حدثنا جرير عن مغيرة عن إبراهيم قال : قال عبدالله « إنما الولاء كالنسب أفيبيع الرجل نسبه ؟ » وقال حدثنا سفيان عن عمرو بن دينار « أن ميمونة وهبت ولاء سليمان بن يسار لابن عباس وكان مكاتبا » وروى « انميمونة وهبت ولاء مواليها للعباس » وولاؤهم اليوم لهم وأن عروة ابتاع ولاء طهمان لورثة مصعب بن الزبير ، وقال ابن جريج : قلت لعطاء « أذنت لمولاى أن يوالى من شاء فيجوز ؟ قال نعم » .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الولاء وعن هبته وقال « الولاء

لحمة كلحمة النسب ، وقال « لعن الله من تولى غير مواليه » ولأنه معنى يورث به فلا ينتقل كالقرابة ، وفعل هؤلاء شاذ يخالف قول الجمهور ، وترده السنة فلا يعول عليه .

(فصــــل)

ولا ينتقل الولاء عن المعتق بموته ولا يرثه ورثته وإنما يرثون المال به مع بقائه للمعتق ، هذا قول الجمهور ، وروى نحو ذلك عن عمر وعلي وزيد وابن مسعود وأبي بن كعب وابن عمر وأبي مسعود البدري وأسامة بن زيد ، وبه قال عطاء وطاوس وسالم بن عبد الله والحسن وابن سيرين والشعبي والزهري والنخعي وقتادة وأبو الزناد وابن نشيط ومالك والثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وداود ، وشذ شريح وقال : الولاء كالمال يورث عن المعتق فمن ملك شيئا حياته فهو لورثته ، ورواه حنبل ومحمد بن الحكم عن أحمد وغلطهما أبو بكر وهو كما قال فان رواية الجماعة عن أحمد مثل قول الجماعة وذلك لقوله عليه السلام « الولاء للمعتق » وقوله « الولاء لحمة كلحمة النسب » والنسب لا يورث وانما يورث به ، ولأنه معنى يورث به ، فلا ينتقل كسائر الأسباب : والله تعالى أعلم .

« مسألة » قال (ومن أعتق سائبة لم يكن له الولاء . فان أخذ من ميراثه شيئا رده في مثله)

قال أحمد في رواية عبد الله : الرجل يعتق عبده سائبة هو الرجل يقول لعبده قد أعتقتك سائبة كأنه يجعله لله ولا يكون ولاؤه لمولاه قد جعله لله وسلمه عن أبي عمرو الشيباني عن عبد الله بن مسعود : السائبة يضع ماله حيث شاء ، وقال أحمد قال عمر : السائبة والصدقة ليومهما ، ومتى قال الرجل لعبده أعتقتك سائبة أو أعتقتك ولا ولاء لي عليك لم يكن له عليه ولاء ، فان مات وخلف مالا ولم يدع وارثا اشترى بماله رقاب فأعتقوا في المنصوص عن أحمد ، وأعتق ابن عمر عبداً سائبة فمات فاشترى ابن عمر بماله رقابا فأعتقهم ، وقال عمر بن عبد العزيز والزهري ومكحول وأبو العالية ومالك يجعل ولاؤه لجماعة المسلمين ، وعن عطاء أنه قال كنا نعلم أنه اذا قال أنت حر سائبة فهو يوالي من شاء ولعل أحمد رحمه الله ذهب الى

شراء الرقاب استحبابا لفعل ابن عمر ، والولاء للمعتق ، وهذا قول النخعي والشعبي وابن سيرين وراشد بن سعد وضمرة بن حبيب والشافعي وأهل العراق لقوله عليه السلام « الولاء لمن أعتق » وجعله لحمة كلحمة النسب ، فكما لا يزول نسب إنسان ولا ولد عن فراش بشرط لا يزول ولاء عن معتق ، ولذلك لما أراد أهل بريرة اشتراط ولائها على عائشة قال لها النبي صلى الله عليه وسلم « اشتريها واشترطي لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق » يعني أن اشتراطهم تحويل الولاء عن المعتق لا يفيد شيئا ولا يزيل الولاء عن المعتق .

وروى مسلم بإسناده عن هزيل بن شرحبيل ، قال « جاء رجل الى عبد الله فقال إني أعتقت عبداً لي وجعلته سائبة فمات وترك مالا ولم يدع وارثا ، فقال عبد الله ان أهل الإسلام لا يسيبون وان أهل الجاهلية كانوا يسيبون وأنت ولي نعمته فإن تأثمت وتحرجت من شيء فنحن نقبله ونجعله في بيت المال » .

وقال سعيد حدثنا هشيم حدثنا بشر عن عطاء أن طارق بن المرقع أعتق سوائب فماتوا فكتب الى عمر رضي الله عنه : فكتب عمر أن ادفع مال الرجل الى مولاه فإن قبله وإلا فاشتر به رقابا فأعتقهم عنه ، وقال حدثنا هشيم عن منصور أن عمر وابن مسعود قالا في ميراث السائبة « هو للذي أعتقه » وهذا القول أصح في الأثر والنظر ، وفي المواضع التي جعل الصحابة ميراثه لبيت المال أو في مثله كان لتبرع المعتق وتورعه عن ميراثه كفعل ابن عمر في ميراث معتقه وفعل عمر وابن مسعود في ميراث الذي تورع سيده عن أخذ ماله .

وقد روى « أن سالما مولى أبي حذيفة أعتقته لبنى بنت يعار سائبة فقتل وترك ابنة فأعطاها عمر نصف ماله وجعل النصف في بيت المال » وعلى القول المنصوص عن أحمد : ان خلف السائبة مالا اشترى به رقاب فأعتقوا فإن رجع من ميراثهم شيء اشترى به أيضا رقاب فأعتقوا ، وان خلف السائبة ذا فرض لا يستغرق ماله أخذ فرضه واشترى بباقيه رقاب فأعتقوا ولا يرد على ذي الفرض

(فصل) وإن أعتق عبداً عن كفارته أو نذره أو من زكاته فقال أحمد في الذي يعتق من زكاته ان ورث منه شيئا جعله في مثله ، قال : وهذا قول الحسن ، وبه قال إسحاق ، وعلى قياس ذلك : العتق من الكفارة والنذر لأنه واجب عليه

وقد روى عن أحمد رحمه الله أنه قال فى الذى يعتق فى الزكاة ولاؤه للذى جرى عتقه على يديه . وقال مالك والعنبرى ولاؤه لسائر المسلمين ويجعل فى بيت المال وقال أبو عبيد : ولاؤه لصاحب الصدقة . وهو قول الجمهور فى العتق فى النذر والكفارة لقول النبى صلى الله عليه وسلم « الولاء لمن أعتق » ولأن عائشة اشترت بريرة بشرط العتق فأعتقتها فكان ولاؤها لها ، وشرط العتق يوجب ولأنه معتق عن نفسه فكان الولاء له كما لو اشترط عليه العتق فأعتق .

ولنا أن الذى أعتق من الزكاة معتق من غير ماله فلم يكن له الولاء كما لو دفعها الى الساعي فاشترى بها وأعتق وكما لو دفع الى المكاتب مالا فأداه فى كتابته ، وفارق من اشترط عليه العتق فإنه إنما أعتق ماله والعتق فى الكفارة والنذر واجب عليه ، فأشبه العتق من الزكاة ، وذهب كثير من أهل العلم الى أنه لا يعتق من الزكاة وعلل بعضهم المنع من ذلك بأنه يجر الولاء الى نفسه فينتفع بزكاته ، وهذا قول لأحمد رواه عنه جماعة ، وهو قول النخعى والشافعى .

« مسألة » قال (ومن ملك ذا رحم محرم عتق عليه وكان ولاؤه له)

ذو الرحم المحرم القريب الذى يحرم نكاحه عليه لو كان أحدهما رجلا والآخر إمرأة ، وهم الوالدان ، وان علوا من قبل الأب والأم جميعا ، والولد وان سفل من ولد البنين والبنات والاخوة والأخوات وأولادهم وان سفلوا ، والأعمام والعمات والاخوال والخالات دون أولادهم فنى ملك أحداً منهم عتق عليه، روى ذلك عن عمر وابن مسعود رضى الله عنهما ، وبه قال الحسن وجابر بن زيد وعطاء والحكم وحماد وابن أبى ليلى والثورى والليث وأبو حنيفة والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم ، وأعتق مالك الوالدين والمولودين وان بعدوا والاخوة والأخوات دون أولادهم ، ولم يعتق الشافعى الا عمودى النسب ، وعن أحمد رواية كذلك ذكرها أبو الخطاب ولم يعتق داود وأهل الظاهر أحداً حتى يعتقه لقول النبى (ص) « لا يجزى ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه » رواه مسلم .

ولنا ما روى الحسن عن سمرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من ملك ذا رحم محرم فهو حر » رواه أبو داود والترمذى ، وقال حديث حسن ،

ولأنه ذو رحم محرم فيعتق عليه بالملك كعمودى النسب وكالاخوة والأخوات عند مالك ، فأما قوله « حتى يشتريه فيعتقه » فيحتمـــل أنه أراد يشتريه فيعتقه بشرائه له كما يقال ضربه فقتله والضرب هو القتل ، وذلك لأن الشراء لما كان يحصل به العتق تارة دون أخرى جاز عطف صفته عليه كما يقال ضربه فأطار رأسه ومتى عتق عليه فولاؤه له لأنه يعتق من ماله بسبب فعله فكان ولاؤه له كما لو باشر عتقه وسواء ملكه بشراء أو هبة أو غنيمة أو إرث أو غـيره . لا نعلم بين أهل العلم فيه خلافا .

(فصل) ولا خلاف فى أن المحارم من غير ذوى الأرحام لا يعتقون على سيدهم كالأم والأخ من الرضاعة والربيبة وأم الزوجة وابنتها الا أنه حكى عن الحسن وابن سيرين وشريك أنه لا يجوز بيع الأخ من الرضاعة ، وروى عن ابن مسعود أنه كرهه ، والأول أصح .

قال الزهرى : جرت السنة بأن يباع الأخ والاخت من الرضاع . ولأنه لا نص فى عتقهم ولا هم فى معنى المنصوص عليه فيبقون على الأصل ولأنهما لا رحم بينهما ولا توارث ولا تلزمه نفقته ، فأشبه الربيبة وأم الزوجة .

(فصل) وإن ملك ولده من الزنا لم يعتق عليه على ظاهر كلام أحمد لأن أحكام الولد غير ثابتة فيه وهى الميراث والحجب والمحرمية ووجوب الإنفاق وثبوت الولاية له عليه : ويحتمل أن يعتق لأنه جزؤه حقيقة وقد ثبت فيه حكم تحريم التزويج ولهذا لو ملك ولده المخالف له فى الدين عتق عليه مع انتفاء هذه الأحكام .

مسألة ، قال ﴿ وولاء المكاتب والمدبر لسيدهما إذا أعتقا ﴾

هذا قول عامة الفقهاء ، وبه يقول الشافعى وأهل العراق ، وحكى ابن سراقة عن عمرو بن دينار وأبى ثور أنه لا ولاء على المكاتب لأنه اشترى نفسه من سيده فلم يكن له عليه ولاء كما لو اشتراه أجنبى فأعتقه ، وكان قتادة يقول : من لم يشترط ولاء المكاتب فلمكاتبه أن يوالى من شاء ، وقال مكحول : أما المكاتب إذا اشترط ولاءه مع رقبته فجائز .

ولنا أن السيد هو المعتق للمكاتب لأنه يبيعه بماله وماله وكسبه لسيده فجعل

ذلك له ثم باعه به حتى عتق فكان هو المعتق وهو المعتق للمدبر بلا إشكال ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « الولاء لمن أعتق » ويدل على ذلك أن المكاتبين يدعون موالى مكاتبيهم فيقال أبو سعيد مولى ابن أسيد وسيرين مولى أنس وسليمان ابن يسار مولى ميمونة ، وقد وهبت ولاءه لابن عباس ، وكانوا مكاتبين ، وكذلك أشباههم ، ويدل على ذلك أن في حديث بريرة « أنها جاءت عائشة فقالت يا أم المؤمنين ان كانت أهلي على تسع أواق فأعينيني فقالت عائشة : إن شاءوا عددت لهم عدة واحدة يكون ولاؤك لى فعلت . فأبوا أن يبيعوها إلا أن يكون الولاء لهم فقال النبي صلى الله عليه وسلم : اشتريها واشترطي لهم الولاء » وهذا يدل على أن الولاء كان لهم لو لم تشترها منهم عائشة .

(فصل) وان اشترى العبد نفسه من سيده بعوض حال عتق والولاء لسيده لأنه يبيع ماله بماله فهو مثل المكاتب سواء والسيد هو المعتق لهما فالولاء له عليهما

« مسألة » قال (وولاء أم الولد لسيدها إذا ماتت)

يعنى إذا عتقت بموت سيدها فولاؤها له يرثها أقرب عصبته . وهذا قول عمر وعثمان ، وبه قال عامة الفقهاء . وقال ابن مسعود : تعتق من نصيب ابنها فيكون ولاؤها له ، وعن ابن عباس نحوه وعن علي لا تعتق مالم يعتقها وله بيعها ، وبه قال جابر بن زيد وأهل الظاهر ، وعن ابن عباس نحوه ، ولذكر الدليل على عتقها موضع غير هذا ، ولا خلاف بين القائلين بعتقها إن ولاءها لمن عتقت عليه ومذهب الجمهور أنها تعتق بموت سيدها من رأس المال فيكون ولاؤها له لأنها عتقت بفعله من ماله فكان ولاؤها له كما لو عتقت بقوله ويختص ميراثها بالولاء بالذكور من عصبة السيد كالمدبر والمكاتب .

« مسألة » قال (ومن أعتق عبده عن رجل حى بلا أمره أو عن ميت فالولاء للمعتق)

هذا قول الثورى والأوزاعي والشافعي وأبي حنيفة وأبي يوسف وداود ، وروى عن ابن عباس أن ولاءه للمعتق عنه ، وبه قال الحسن ومالك وأبو عبيد لأنه أعتقه عن غيره فكان الولاء للمعتق عنه كما لو أذن له .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الولاء للمعتق » ولانه أعتق عبده من غير إذن غيره له ، فكان الولاء له كما لو لم يقصد شيئا .

« مسألة » قال (وإن أعتقه عنه بأمره فالولاء للمعتق عنه بأمره)

وبهذا قال جميع من حكينا قوله في المسألة الأولى إلا أبا حنيفة ووافقه أبو يوسف ومحمد بن الحسن وداود فقالوا : الولاء للمعتق الا أن يعتقه عنه على عوض فيكون له الولاء ويلزم العوض ويصير كأنه اشتراه ثم وكله في اعتاقه . أما اذا كان عن غير عوض فلا يصح تقدير البيع فيكون الولاء للمعتق لعموم قوله عليه السلام « الولاء للمعتق » وعن أحمد مثل ذلك .

ولنا أنه وكيل في الاعتاق فكان الولاء للمعتق عنه كما لو أخذ عوضا فإنه كما يجوز تقدير البيع فيما إذا أخذ عوضا يجوز تقدير الهبة إذا لم يأخذ عوضا ، فإن الهبة جائزة في العبد كما يجوز البيع ، والخبر مخصوص بما إذا أخذ عوضا وكسائر الوكلاء فنقيس عليه محل النزاع .

« مسألة » قال (ومن قال أعتق عبدك عني وعلي ثمنه فالثمن عليه والولاء للمعتق عنه)

لانعلم في هذه المسألة خلافا وأن الولاء للمعتق عنه لكونه أعتقه عنه بعوض ويلزمه الثمن لأنه أعتقه عنه بشرط العوض فيقدر ابتياعه منه ثم توكيله في عتقه ليصح عتقه عنه فيكون الثمن عليه والولاء له كما لو ابتاعه منه ثم وكله في عتقه .

« مسألة » قال (ولو قال أعتقه والثمن علي كان الثمن عليه والولاء للمعتق)

إنما كان الثمن عليه لأنه جعل له جعلا على اعتاق عبده فلزمه ذلك بالعمل كما لو قال : من بنى لي هذا الحائط فله دينار فبناه إنسان استحق الدينار ، والولاء للمعتق لانه لم يأمره باعتاقه عنه ولا قصد به المعتق ذلك فلم يوجد ما يقتضي صرفه اليه فيبقى للمعتق عملا بقوله عليه السلام « الولاء للمعتق » .

(فصل) ومن أوصى أن يعتق عبده بعد موته فأعتق فالولاء له ، وكذلك لو وصى بعتق عبده ولم يقل عني فأعتق كان الولاء له لأن الاعتاق من ماله ، وإن أعتق عنه ما يجب إعتاقه ككفارة ونحوها فقد مضى ذكرها فيما تقدم .

« مسألة » قال (ومن أعتق عبداً له أولاد من مولاة لقوم جر معتق العبد ولاء أولاده)

وجملة ذلك أن الرجل إذا أعتق أمته فتزوجت عبداً فأولدها فولدها منه أحرار وعليهم الولاء لمولى أمهم ، يعقل عنهم ويرثهم إذا ماتوا لكونه سبب الانعام عليهم بعتق أمهم فصاروا لذلك أحرارا . فإن أعتق العبد سيده ثبت له عليه الولاء وجر اليه ولاء أولاده عن مولى أمهم . لان الاب لما كان مملوكا لم يكن يصلح وارثا ولا وليا فى نكاح ، فكان ابنه كولد الملاعنة ينقطع نسبه عن ابيه فثبت الولاء لمولى أمه وانتسب اليها . فإذا عتق العبد صلح الانتساب اليه وعاد وارثا عاقلا وليا فعادت النسبة اليه وإلى مواليه ، بمنزلة مالو استلحق الملاعن ولده. هذا قول جهور الصحابة والفقهاء ، يروى هذا عن عمر وعثمان وعلى والزبير وعبد الله وزيد بن ثابت ومروان وسعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعمر ابن عبد العزيز والنخعى . وبه قال مالك والثورى والاوزاعى والليث وأبو حنيفة وأصحابه والشافعى وإسحاق وأبو ثور .

ويروى عن رافع بن خديج أن الولاء لاينجر عن موالى الام . وبه قال مالك بن أوس بن الحدثان والزهرى وميمون بن مهران وحميد بن عبد الرحمن وداود لان الولاء لحمة كلحمة النسب . والنسب لا يزول عمن ثبت له فكذلك الولاء ، وقد روى عن عثمان نحو هذا وعن زيد ، وأنكرها ابن اللبان وقال : مشهور عن عثمان أنه قضى الولاء للزبير على رافع بن خديج .

ولنا أن الانتساب الى الاب ، فكذلك الولاء ، ولذلك لو كانا حرين ، كان ولاء ولدهما لمولى أبيه . فلما كان مملوكا كان الولاء لمولى الام ضرورة ، فإذا اعتق العبد الاب زالت الضرورة فعادت النسبة اليه ، والولاء الى مواليه . وروى عبد الرحمن عن الزبير « أنه لما قدم خيبر رأى فتية لعسا ، فأعجبه ظرفهم وجمالهم فسأل عنهم ، فقيل له . موالى رافع بن خديج وأبوهم مملوك لآل الحرقة ، فاشترى الزبير أباهم فاعتقه ، وقال لاولاده : انتسبوا إلى ، فإن ولاءكم لى . فقال رافع ابن خديج : الولاء لى ، فإنهم عتقوا بعتقى أمهم ، فاحتكموا الى عثمان فقضى بالولاء

للزبير ، فأجتمعت الصحابة عليه، اللعس سواد فى الشفتين تستحسنه العرب ، ومثله اللمى . قال ذو الرمة :

لمياء فى شفتيها حوة لعس وفى اللثات وفى أنيابها شنب

(فصــل) وحكم المكاتب يتزوج فى كتابته ، فيأتى له أولاد ، ثم يعتق حكم العبد القن فى جر الولاء . وكذلك المدبر والمعلق عتقه بصفة لأنهم عبيد ، فإن المكاتب عبد ما بقى عليه درهم

(فصــل) إذا انجر الولاء إلى موالى الأب ثم انقرضوا عاد الولاء إلى بيت المال ولم يرجع الى موالى الأم بحال فى قول أكثر أهل العلم ، وحكى عن ابن عباس أنه يعود إلى موالى الأم ، والأول أصح ، لأن الولاء جرى مجرى الانتساب . ولو انقرض الأب وآباؤه لم تعد النسبة الى الام كذلك الولاء . فإذا ثبت هذا فولدت بعد عتق الاب كان ولاء ولدها لموالى أبيه بلا خلاف ، فإن نفاه باللعان عاد ولاؤه إلى موالى الام ، لأننا تتبين أنه لم يكن له أب ينتسب إليه ، فإن عاد فاستلحقه عاد الولاء الى موالى الاب .

(فصــل) ولا ينجر الولاء إلا بشروط ثلاثة ، أحدها : أن يكون الاب عبداً حين الولادة ، فإن كان حراً وزوجته مولاة لم يخل إما أن يكون حر الاصل فلا ولاء عليه ولا على ولده بحال . وإن كان مولى ثبت الولاء على ولده لمواليه ابتداء ولا جر فيه .

الثانى أن تكون الام مولاة ، فإن لم تكن كذلك لم تخل ، إما أن تكون حرة الاصل ، فلا ولاء على ولدها بحال ، وهم أحرار بحريتها ، أو تكون أمة فولدها رقيق لسيدها ، فإن أعتقهم فولاؤهم له لا ينجر عنه بحال، سواء أعتقهم بعد ولادتهم او أعتق أمهم حاملا بهم فعتقوا بعتقها ، لأن الولاء يثبت بالعتق مباشرة فلا ينجر عن المعتق ، لقوله عليه السلام « الولاء لمن أعتق » وإن أعتقها المولى فأتت بولد لدون ستة أشهر فقد مسه الرق وعتق بالمباشرة فلا ينجر ولاؤه . وان أتت به لأكثر من ستة أشهر مع بقاء الزوجية لم يحكم بمس الرق له وانجر ولاؤه ؛

لأنه يحتمل أن يكون حادثاً بعد العتق فلم يمسه الرق ولم يحكم برقه بالشك ، وان كانت المرأة بائنا وأتت بولد لأربع سنين من حين الفرقة لم يلحق بالأب وكان ولاؤه لمولى أمه ، وان أتت به لأقل من ذلك لحقه الولد وانجر ولاؤه ، وولد الأمة مملوك ، سواء كان من نكاح أو من سفاح ، عربيا كان الزوج أو أعجمياً : وهذا قول عامة الفقهاء .

وعن عمر : ان كان زوجها عربيا فولده حر وعليه قيمته ولا ولاء عليه . وعن أحمد مثله ، وبه قال ابن المسيب والثورى والاوزاعى وأبو ثور . وبه قال الشافعى فى القديم ثم رجع عنه . والاول أولى لأن أمهم أمة فكانوا عبيداً . كما لو كان أبوهم أعجميا .

الثالث : أن يعتق العبد سيده ، فإن مات على الرق لم ينجر الولاء بحال ، وهذا لا خلاف فيه ، فإن اختلف سيد العبد ومولى الام فى الاب بعد موته فقال سيده مات حراً بعد جر الولاء . وأنكر ذلك مولى الام فالقول قول مولى الام . ذكره أبو بكر ، لأن الاصل بقاء الرق ، وهذا مذهب الشافعى

(فصل) فإن لم يعتق الاب ولكن عتق الجد ، فقال أحمد : لا يجر الولاء ليس هو كالاب ، وبهذا قال أبو حنيفة وصاحباه . وعن أحمد أنه يجره . وبه قال شريح والشعبى والنخعى وأهل المدينة . وابن أبى ليلى والحسن بن صالح وابن المبارك وأبو ثور وضرار بن صرد والشافعى فى أحد قوليه . فان أعتق الاب بعد ذلك جره عن موالى الجد اليه ، لأن الجد يقوم مقام الأب فى التعصيب وأحكام النسب فكذلك فى جر الولاء . وقال زفر : ان كان الأب حيا لم يجر الجد الولاء ، وان كان ميتا جره . وهو القول الثانى للشافعى

ولنا أن الاصل بقاء الولاء لمستحقه ، وانما خولف هذا الاصل للاتفاق على أنه ينجر بعتق الاب ، والجد لا يساويه بدليل أنه لو عتق الاب بعد الجد جره عن موالى الجد اليه ، ولو أسلم الجد لم يتبعه ولد ولده . ولان الجد يدلى بغيره ولا يستقر الولاء عليه فلم يجر الولاء كالاخ ، وكونه يقوم مقام الاب لا يلزم أن ينجر الولاء اليه كالاخ ، وعلى القول الآخر : لا فرق بين الجد القريب والبعيد ، لان البعيد يقوم مقام الأب كقيام القريب ، ويقتضى هذا أنه متى عتق البعيد لجر

الولاء ثم عتق من هو أقرب منه جر الولاء إليه ، ثم إن عتق الأب جر الولاء ، لأن كل واحد يحجب من فوقه ويسقط تعصيبه وإرثه وولايته ، ولو لم يعتق الجد لكن كان حراً وولده مملوك فتزوج مولاة قوم فأولدها أولاداً فولاؤهم لمولى أمهم وعند من يقول يجر الجد الولاء يكون لمولى الجد . وإن لم يكن الجد مولى بل كان حر الأصل ، فلا ولاء على ولد أبيه . فإن أعتق أبوه بعد ذلك ، لم يعد على ولده ولاء لأن الحرية ثبتت له من غير ولاء فلم يتجدد عليه ولاء كالحر الأصلي .

(فصل) وإذا كان أحد الزوجين الحرين حر الاصل فلا ولاء على ولدهما ، سواء كان الاخر عربيا أومولى لأن الأم إن كانت حرة الأصل فالولد يتبعها فيما إذا كان الأب رقيقا فى إبقاء الرق والولاء ، فلأن يتبعها فى نفي الولاء وحده أولى : وإن كان الاب حر الأصل فالولد يتبعه فيما إذا كان عليه ولاء ، بحيث يصير الولاء عليه لمولى أبيه ، فلان يتبعه فى سقوط الولاء عنه أولى ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، وسواء كان الأب عربياً أو عجميا . وقال أبو حنيفة : إن كان أعجميا والأم مولاة ثبت الولاء على ولده ، وليس بصحيح لانه حر الاصل فلم يثبت الولاء على ولده كما لو كان عربيا ، وسواء كان مسلما أو ذميا أو حربيا أو مجهول النسب أو معلومه . وهذاقول أبي يوسف ومالك وشريح وقال القاضي . إن كان مجهول النسب ثبت الولاء على ولده لمولى الام إن كانت مولاة . قال ابن اللبان : وهذا ظاهر مذهب الشافعي . وقال الخبرى : وهذا قول أبي حنيفة ومحمد واحد لان مقتضى ثبوته لمولى الام موجود وإنما امتنع فى محل الوفاق بحرية الاب ، فإذا لم تكن معلومة فقد وقع الشك فى المانع فيبقى على الاصل ولا يزول عن اليقين بالشك ولا يترك العمل بالمقتضى مع الشك فى المانع

ولنا أن الاب حر محكوم بحريته فأشبه معروف النسب ، ولان الاصل فى الآدميين الحرية وعدم الولاء ، فلا يترك هذا الاصل بالوهم فى حق الولد ، كما لم يترك فى حق الاب

وقولهم مقتضى ثبوته لمولى الام موجود ممنوع ، فإنه انما ثبت لمولى الام بشرط رق الاب ، وهذا الشرط منتف حكما وظاهراً

وإن سلمنا وجود المقتضى فقد ثبت المانع حكما فإن الأب حريته ثابتة حكما فلا تعويل على ما قالوه، وإن كان الأب مولى والأم مجهولة النسب فلا ولاء عليه فى قولنا وقياس قول القاضى والشافعى أن يثبت الولاء عليه لمولى ابنه لأنا شككنا فى المانع من ثبوته.

ولنا ما ذكرنا فى التى قبلها، ولأن الأم لا تخلو من أن تكون حرة الأصل فلا ولاء على ولدها أو أمة فيكون ولدها عبداً أو مولاة فيكون على ولدها الولاء لمولى أبيه والاحتمال الأول راجح لوجهين.

أحدهما: أنه محكوم به فى الأم فيجب الحكم به فى ولدها.

الثانى: أنه معتضد بالأصل فإن الأصل الحرية ثم لو لم يترجح هذا الاحتمال لكان الاحتمال الذى صاروا إليه معارضاً باحتمالين كل واحد منها مساو له فترجيحه عليهما تحكم لا يجوز المصير إليه بغير دليل وهذا وارد عليهم فى المسألة الأولى أيضا.

(فصل) إذا تزوج معتق بمعتقة فأولدها ولدين فولاؤهما لمولى أبيهما فإن نفاهما باللعان عاد ولاؤهما إلى مولى أمها فإن مات أحدهما فميراثه لأمه وموالبهما فإن أكذب أبوهما نفسه لحقه نسبهما واسترجع الميراث من موالى الام، ولو كان أبوهما عبداً ولم ينفهما وورث موالى الام الميت منهما ثم أعتق الاب انجر الولاء إلى موالى الاب ولم يكن لهم ولاء وللأب استرجاع الميراث لان الولاء إنما ثبت لهم عند أعتاق الاب ويفارق الاب اذا أكذب نفسه لان النسب ثبت من حين خلق الولد.

(فصل) واذا تزوج عبد معتقة فاستولدها أولاداً فهم أحرار وولاؤهم لموالى أمهم فإن اشترى أحدهم أباه عتق عليه وله ولاؤه ويجر اليه ولاء أولاده كلهم ويبقى ولاء المشترى لمولى أمه لانه لا يكون مولى نفسه، وهذا قول جمهور الفقهاء مالك فى أهل المدينة وأبو حنيفة فى أهل العراق والشافعى، وشذ عمرو بن دينار المدنى فقال يجر ولاء نفسه فيصير حراً لا ولاء عليه، قال ابن سريج ويحتمله قول الشافعى ولا يعول على هذا القول لشذوذه، ولانه يؤدى الى أن يكون الولاء ثابتا على أبويه دونه مع كونه مولودا لهما فى حال رقهما أو فى حال ثبوت الولاء عليهما وليس لنا

مثل هذا فى الاصول ولا يمكن أن يكون مولى نفسه يعقل عنها ويرثها ويزوجها لكن لو اشترى هذا الولد عبدا فأعتقه ثم اشترى العبد أبا معتقه فأعتقه فانه ينجر اليه ولاء سيده فيكون لهذا الولد على معتقه الولاء باعتاقه اياه وللعتيق ولاء معتقه بولائه على أبيه وجره ولاءه باعتاقه اياه ولا يمتنع مثل هذا كما لو أعتق الحربي عبدا فاسلم ثم أسر سيده وأعتقه صار كل واحد منهما مولى الآخر من فوق ومن أسفل ويرث كل واحد منهما الآخر بالولاء . وكما جاز أن يشتركا فى النسب فيرث كل واحد منهما صاحبه به كذلك الولاء . وان تزوج ولد المعتقة معتقة فأولدها ولدا فاشترى جده عتق عليه وله ولاؤه ويجر اليه ولاء أبيه وسائر أولاد جده وهم عومته وعماته وولاء جميع معتقيهم ويبقى ولاء المشترى لمولى أم أبيه ، وعلى قول عمرو بن دينار يبقى حرا لا ولاء عليه .

(فصـــل)

اذا تزوج عبد لمعتقة فأولدها ولدا فتزوج الولد بمعتقة رجل فأولدها ولدا فولاء هذا الولد الآخر لمولى أم أبيه فى أحد الوجهين لان له الولاء على أبيه فكان الولاء له عليه كما لو كان مولى جده ، ولان الولاء الثابت على الاب يمنع ثبوت الولاء لمولى الام .

والوجه الثانى : ولاؤه لمولى أمه لان الولاء الثابت على ابنه من جهة أمه ومثل ذلك ثابت فى حق نفسه وما ثبت فى حقه أولى مما ثبت فى حق أبيه ، ألا ترى أنه لو كان له مولى ولابيه مولى كان مولاه أحق به من مولى أبيه ؟ فان كان له مولى أم ومولى أم أب ومولى أم جد وجدة مملوك ، فعلى الوجه الاول يكون لمولى أم الجد وعلى الثانى يكون لمولى الام .

(فصل) وان تزوج معتق بمعتقة فأولدها بنتا وتزوج عبد بمعتقة فأولدها ابنا فتزوج هذا الابن بنت المعتقين فأولدها ولدا فولاء هذا الولد لمولى أم أبيه لان له الولاء على أبيه . وان تزوجت بنت بمملوك فولاء ولدها لمولى أبيها لان ولاءها له فان كان أبوها ابن مملوك ومعتقة فالولاء لمولى أم أبي الام على الوجه الاول لان مولى أبي الام يثبت له الولاء على أبي الام فكان مقدما على المعتقين أمها ويثبت له الولاء عليها .

فصل فى دور الولاء

اذا تزوج عبد معتقة فأولدها بنتين فاشترتا أباهما عتق عليهما ولهما عليه الولاء وتجر كل واحدة منهما نصف ولاء أختها اليها لانها أعتقت نصف الاب ولا ينجر الولاء الذى عليها ويبقى نصف ولاء كل واحدة منهما لمولى أمها فان مات الاب فماله لهما ثلثاه بالبنوة وباقيه بالولاء فان ماتت احداهما بعد ذلك فلأختها النصف بالنسب ونصف الباقى بأنها مولاة نصفها فصار لها ثلاثة أرباع مالها والربع الباقى لمولى أمها فان كانت احداهما ماتت قبل أبيها فمالها لابيها ، ثم اذا مات الاب فللباقية نصف ميراث أبيها فمالها لابيها . ثم اذا مات الاب فللباقية نصف ميراث أبيها لكونها بنته ونصف الباقى وهو الربع لكونها مولاة نصفه يبقى الربع لموالى البنت التى ماتت قبله فنصفه لهذه البنت لانها مولاة نصف أختها صار لها سبعة أثمان ميراثه ولمولى أم الميتة الثمن فان ماتت البنت الباقية بعدهما فمالها لمواليها نصفه لمولى أمها ونصفه لمولى أختها الميتة وهم أختها وموالى أمها فنصفه لمولى أمها وهو الربع والربع الباقى يرجع الى هذه الميتة فهذا الجزء دائر لانه خرج من هذه الميتة ثم دار اليها فقال القاضى يجعل فى بيت المال لانه لا مستحق له نعلمه وهذا قول محمد بن الحسن وقياس قول مالك والشافعى .

وقال بعض الشافعية وبعض المدنيين : هو لمولى أم الميتة ، وهذا قول الجمهور وهاتان المسألتان أصل فى دور الولاء وفيها أقوال شاذة سوى ما ذكرناه وهذا أصح ما قيل فيها ان شاء الله ، فان مات الابنتان قبل الاب ورث مالهما بالنسب فان مات بعدهما فماله يقسم على ثمانية أسهم لكل واحدة من ابنتيه أربعة أسهم سهمان لمولى أمها وسهمان لمولى أختها يقسمان أيضا لموالى أمها سهم وسهم دائر يرجع الى بيت المال فيحصل لبيت المال الربع ولمولى أمها ثلاثة أرباع فان كن ثلاثا ماتت احداهن قبل الاب والاخرى بعده فمال الاب على سبعة وعشرين لابنتيه ثلثاها بالنسب وثلثا الباقى بولائهما عليه وثلثا الباقى بولائهما على أختهما ويبقى لمولى الام سهم ، ومال الثانية على ثمانية عشر للحية تسعة بالنسب وثلاثة بولائها عليها ولمولى أمها ثلاثة ويبقى ثلاثة لموالى الميتة الاولى للحية سهم ولمولى أمها سهم ويبقى

سهم دائر فمن جعله لبيت المال دفعه إليه ومن جعله لمولى الأم فهو له ومن لم يدفعه قسمه بين الحية ومولى الأم نصفين وترجع بالاختصار إلى أربعة فإن كانت أمهاتهن شتى فمن اثنى عشر . فإن اشترى الابنتان أباهما ثم اشترى أبوهما هو والكبرى جدهما ثم مات الأب فماله بينهم أثلاثا ثم إذا مات الجد وخلف ابنتى ابنه فلهما الثلثان وللكبرى نصف الباقى لكونها مولاة نصفه يبقى السدس لموالى الأب لأنه مولى نصف الجد وهم ابنتاه فيحصل للكبرى ثلث المال وربعه وللصغرى ربعه وسدسه فإن كانت بحالها فاشترت الكبرى وأبوها أخاها لأبيها فالجواب فيها كالتى قبلها .

باب ميراث الولاء

يعنى والله أعلم الميراث بالولاء. وأضاف الميراث إليه لأنه سببه فإن الشىء يضاف إلى سببه كما يقال : دية الخطأ ودية العمد وإنما قلنا ذلك لأن الولاء لا يورث وإنما يورث به ، وهذا قول الجمهور : روى نحو ذلك عن عمر وعثمان وعلى وزيد وابن مسعود وابن عمر وأسامة بن زيد وأبى مسعود البدرى وأبى بن كعب وبه قال عطاء وطاوس وسالم والزهرى والحسن وابن سيرين وقتادة والشعبى وإبراهيم ومالك والشافعى وأهل العراق وداود وجعل شريح الولاء موروثا كالمال .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « إنما الولاء لمن أعتق » وقوله « الولاء لحمة كلحمة النسب » والنسب يورث به ولا يورث فكذلك الولاء : ولأن الولاء إنما يحصل بإنعام السيد على المعتق . وهذا المعنى لا ينتقل عن المعتق فكذلك الولاء .

« مسألة » قال (ولا يرث النساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن)

وقد روى عن أبى عبد الله رحمه الله فى بنت المعتق خاصة أنها ترث لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه ورث بنت حمزة من الذى أعتقه حمزة » قوله . ولا يرث النساء من الولاء . لما قدمنا من أن الولاء لا يورث ولهذا قال : إلا ما أعتقن ومعتقهن ولاؤه لهن فكيف يرثنه ؟ والظاهر من المذهب أن النساء

لا يرثن بالولاء الا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن وجر الولاء اليهن من أعتقن والكتابة كذلك فإنها اعتاق ، قال القاضي هذا ظاهر كلام أحمد والرواية التي ذكرها الخرقي في ابنة المعتق ما وجدتها منصوصة عنه ، وقد قال في رواية ابن القاسم وقد سأله هل كان لمولى حمزة أو لابنته ؟ فقال فقد نص على أن ابنة حمزة ورثت بولاء نفسها لانها هي المعتقة ، وهذا قول الجمهور وهو قول من سمينا في أول الباب من الصحابة والتابعين ومن بعدهم غير شريح والصحيح الاول لإجماع الصحابة ومن بعدهم عليه ، ولان الولاء لحمة كلحمة النسب والمولى كالنسيب من الاخ والعم ونحوهما فولده من العتيق بمنزلة ولد أخيه وعمه ولا يرث منهم الا الذكور خاصة .

فأما رواية الخرقي في بنت المعتق فوجهها ما روى ابراهيم النخعي ، أن مولى لحمزة مات وخلف بنتاً فورث النبي صلى الله عليه وسلم بنته النصف وجعل لبنت حمزة النصف ، والصحيح أن المولى كان لبنت حمزة .

قال عبد الله ابن شداد ، كان لبنت حمزة مولى أعتقته فمات وترك ابنته ومولاته بنت حمزة فرفع ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعطى ابنته النصف وأعطى مولاته بنت حمزة النصف ، قال عبد الله بن شداد ، أنا أعلم بها لانها أختي من أمي أمنا سلمى ، رواه ابن اللبان باسناده وقال هذا أصح مما روى ابراهيم ، ولان البنت من النساء فلا ترث بالولاء كسائر النساء .

فأما توريث المرأة من معتقها ومعتق معتقها ومن جر ولاء معتقها فليس فيه اختلاف بين أهل العلم ، وقد نص النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك فان عائشة أرادت شراء بريرة لتعتقها ويكون ولاؤها لها فأراد أهلها اشتراط ولائها فقال النبي صلى الله عليه وسلم ، اشتريها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن أعتق ، متفق عليه ، وقال عليه السلام ، تحوز المرأة ثلاثة مواريث عتيقها ولقيطها وولدها الذي لاعنت عليه ، قال الترمذي : هذا حديث حسن ، ولان المعتقة منعمة بالإعتاق كالرجل فوجب أن تساويه في الميراث ، وفي حديث مولى بنت حمزة الذي ذكرناه تنصيص على توريث المعتقة ؛ وأما معتق أبيها فهو بمنزلة عمها أو عم أبيها فلا ترثه ويرثه أخوها كالنسب .

ومن مسائل ذلك : رجل مات وخلف ابن معتقه وبنت معتقه فالميراث لابن معتقه خاصة ، وعلى الرواية الأخرى يكون الميراث بينهما أثلاثا ، فإن لم يخلف إلا بنت معتقه فلا شيء لها وماله لبيت المـــال إلا على الرواية الأخرى فإن الميراث لها ، وان خلف أخت معتقه فلا شيء لها رواية واحدة ، وكذلك ان خلف أم معتقه أو جدة معتقه أو غيرهما . وان خلف أخا معتقه وأخت معتقه فالميراث للأخ ، ولو خلف بنت معتقه وابن عم معتقه أو معتق معتقه أو ابن معتق معتقه فالمال له دون البنت إلا على الرواية الأخرى فإن لها النصف والباقي للعصبة . وان خلف بنته ومعتقه فلبنته النصف والباقي لمعتقه كما في قصة مولى بنت حمزة فإنه مات وخلف بنته وبنت حمزة التي أعتقته : فأعطى النبي صلى الله عليه وسلم بنته النصف والباقي لمولاته . وان خلف ذا فرض سوى البنت كالأم أو الجدة أو الأخت أو الأخ من الام أو الزوج أو الزوجة أو من لا يستغرق فرضه المال أو مولاه أو مولاته ، فإن لذي الفرض فرضه والباقي لمولاه أو مولاته في قول جمهور العلماء وقد سبق ذكر ذلك .

رجل وابنته أعتقا عبداً ثم مات الاب وخلف ابنه وبنته فماله بينهما أثلاثا ثم مات العبد فللبنت النصف لأنها مولاة نصفه والباقي لابن المعتق خاصة إلا على الرواية الضعيفة فإن الباقي يكون بينهما على ثلاثة فيكون للبنت الثلثان ولأخيها الثلث ؛ وان ماتت البنت قبل العبد وخلفت ابنا ثم مات العبد فلإبنها النصف والباقي لأخيها ، ولو لم تخلف البنت إلا بنتا كان الولاء كله لأخيها دون بنتها ، إلا على الرواية الاخرى فإن لبنتها النصف والباقي لاخيها .

وان مات الابن قبل العبد وخلف بنتا ثم مات العبد وخلف معتقة وبنت[1] أخيها فللمعتقة نصف ماله وباقيه لبيت المال ، وعلى الرواية الأخرى لها النصف بإعتاقها ونصف الباقي لأنها بنت معتق النصف والباقي لعصبة ابنها ، ولو كانت البنت ماتت أيضاً قبل العبد وخلفت ابنها ثم مات العبد فلإبنها النصف ولا شيء لبنت أخيها ، إمرأة أعتقت أباها ثم أعتق أبوها عبداً ثم مات الأب ثم العبد

---

(١) في نسخة معتقة نصفه ونصف أخيها .

فمالهما فإن كان أبوهما خلف بنتاً أخرى معها فلهما ثلثا مال الأب بالنسب والباقي للمعتقة بالولاء. ومال العبد جميعه للمعتقة دون أخيها: ويتخرج على الرواية الأخرى أن يكون لهما ثلثا مال العبد أيضاً وباقيه للمعتقة ولو كان الأب خلف مع المعتقة ابناً فمال الأب بينهما أثلاثاً بالبنوة ومال العبد كله للابن دون أخته المعتقة لأنه يرث بالنسب، والنسب مقدم على الولاء. ولو خلف الأب أخاً أو عماً أو ابن عم مع البنت فللبنت نصف ميراث أبيها وباقيه لعصبته ومال العبد لعصبته ولا شيء لبنته فيه، لأن العصبة من النسب مقدم على المعتق في الميراث. إلا على رواية الخرقي فإن للبنت نصف ميراث العبد لكونها بنت المعتق وباقيه لعصبته.

إمرأة وأخوها أعتقا أباهما، ثم أعتق أبوهما عبداً ثم مات الاب فماله بينهما أثلاثاً ثم إذا مات العبد فميراثه للابن دون أخته لأنه ابن المعتق يرثه بالنسب وهي مولاة المعتق، ولأن المعتق يقدم على مولاه، فإن مات أخوها قبل أبيه وخلف بنتاً فماله بين ابنته وابنه نصفين. ثم إذا مات الاب فقد خلف بنته وبنت ابنه وبنته مولاة نصفه فلبنته النصف ولبنت ابنه السدس ويبقى الثلث لبنته نصفه وهو السدس لانها مولاة نصفه يبقى السدس لموالى الاخ إن كان ابن معتقه. وهم أخته وموالى أمه، فلأخته نصف السدس والنصف الباقي لمولى أمه فحصل لاخيه النصف والربع والسدس؛ وان لم يكن ابن معتقه بل كانت أمه حرة الاصل فلا ولاء عليه وتأخذ أخته الباقي كله بالرد إن لم يخلف الاب عصبة، فإن خلف الأب عصبة من نسبه كأخ أوعم أو ابن عم أو عم أب فلبنته النصف والباقي لعصبته. ولو اشترى رجل وأخته أخاهما ثم اشترى اخوهما عبداً فأعتقه ثم مات أخوهما فماله بينهما أثلاثاً ثم إذا مات عتيقه فميراثه لأخيه دون أخته. ولو مات الأخ المعتق قبل موت العبد وخلف ابنه ثم مات العبد فميراثه لابن أخيها دونها لأنه ابن أخي المعتق، وان لم يخلف الأخ الا بنته فنصف مال العبد للأخت لأنها معتقة نصف معتقه ولا شيء لبنت الاخ رواية واحدة والباقي لبيت المال.

(فصل) إذا خلف الميت بنت مولاه ومولى أبيه فماله لبيت المال لأنه إذا ثبت عليه الولاء من جهة مباشرته بالعتق لم يثبت عليه باعتاق أبيه وإذا لم يكن

لمولاه الا ابنة لم ترث لأنها ليست عصبة وانما يرث عصبات المولى فإذا لم يكن له عصبة لم يرجع الى معتق أبيه . وكذلك ان كان له معتق أب او معتق جد ولم يكن هو معتقا فيراثه لمعتق ابيه ان كان ابن معتقه ثم لعصبة معتق ابيه ثم لمعتق معتق أبيه فإن لم يكن له أحد منهم فلبيت المال ولا يرجع الى معتق جده ، وإن كانت أمه حرة الأصل فلا ولاء عليه وليس لمعتق أبيه شيء .

(فصــــل) إمرأة حرة لا ولاء عليها وأبواها رقيقان أعتق إنسان أباها ويتصور هذا في موضعين .

أحدهما : أن يكون جميعهم كفاراً فتسلم هي ويسبى أبواها فيسترقان .

والثاني : أن يكون أبوها عبداً تزوج أمة على أنها حرة فولدتها ثم ماتت وخلفت معتق أبيها لم يرثها لانه إنما يرث بالولاء وهذه لا ولاء عليها وهكذا الحكم فيما إذا تزوج عبد حرة الأصل فأولدها ولداً ثم أعتق العبد ومات ثم مات الولد فلا ميراث لمعتق أبيه لأنه لا ولاء عليه . ولو كان ابنتان على هذه الصفة اشترت احداهما أباها فعتق عليها فلها ولاؤه وليس لها ولاء على أختها ، فاذا مات أبوهما فلهما الثلثان بالنسب ولها الباقي بالولاء فاذا ماتت أختها فلها نصف ميراثه بالنسب وباقيه لعصبتها فان لم يكن لها عصبة فالباقي لأختها بالرد ولا ميراث لها منها بالولاء لانها لا ولاء عليها .

(فصل) ولا يرث من أقارب المعتق ذو فرض منفرد كالأخ من الأم والزوج لأن الولاء للعصبات وليس هؤلاء عصبات فحكمهم حكم النساء ، وقد روى عن أحمد أنه قال : لا يرث النساء من الولاء الا ما أعتقن او اعتق من اعتقن الا ان الملاعنة ترث من اعتق ابنها وهذا يخرج على الرواية التي تقول ان الملاعنة عصبة ابنها وهي احق بالميراث من عصبتها فترث لكونها عصبه قائمة مقام ابيه ، فأما على الرواية الأخرى فان الولاء يكون لعصبتها .

« مسألة » قال (والولاء لأقرب عصبة المعتق)

وجملة ذلك : ان المولى العتيق اذا لم يخلف من نسبه من يرث ماله كان ماله لمولاه على ما أسلفناه فان كان مولاه ميتاً فهو لأقرب عصبته ســواء كان ولداً

أو أبا أو أخا أو عما أو ابن عم أو عم أب : وسواء كان المعتق ذكراً أو أنثى : فإن لم يكن له عصبة من نسبه كان الميراث لمولاه ثم لعصباته الأقرب فالأقرب ثم لمولاه وكذلك أبداً . روى هذا عن عمر رضي الله عنه : وبه قال الشعبي والزهري وقتادة ومالك والثوري والأوزاعي والشافعي وأبو حنيفة وصاحباه : وقد روى عن علي ما يدل على أن مذهبه في إمرأة ماتت وخلفت ابنها وأخاها أو ابن أخيها أن ميراث مواليها لأخيها وابن اخيها دون ابنها . وروى عنه الرجوع الى مثل قول الجماعة ، فروى عن ابراهيم انه قاله : اختصم علي والزبير في موالي صفية بنت عبدالمطلب. فقال علي: انا احق بهم انا ارثهم وأعقل عنهم وقال الزبير هم موالي أمي وأنا أرثهم فقضى عمر للزبير بالميراث والعقل على علي رواه سعيد قال ثنا ابو معاوية ثنا عبيدة الضبي عن إبراهيم . وقال حدثنا هشيم حدثنا الشيباني عن الشعبي قال ، قضى بولاء موالي صفية للزبير دون العباس ، وقضى عمر في موالي ام هانيء بنت ابي طالب لابنها جعدة بن هبيرة دون علي .

وروى الإمام احمد بإسناده عن زياد بن ابي مريم ، ان امرأة اعتقت عبداً لها ثم توفيت وتركت ابنا لها واخاها ثم توفي مولاها من بعدها فأتى اخو المرأة وابنها رسول الله صلى الله عليه وسلم في ميراثه فقال عليه السلام : ميراثه لابن المرأة ، فقال أخوها : يارسول الله لو جر جريرة كانت علي ويكون ميراثه لهذا ؟ قال نعم ، وروى بإسناده عن سعيد بن المسيب أن رسول الله قال (ص) «المولى أخ في الدين ومولى النعمة يرثه أولى الناس بالمعتق » .

إذا ثبت هذا : فان المعتقة اذا ماتت وخلفت ابنها وأخاها أو ابن أخيها ثم مات مولاها فميراثه لابنها . وان مات ابنها بعدها وقبل مولاها وتركت عصبة كأعمامه وبني اعمامه ثم مات العبد وترك اخا مولاته وعصبة ابنها فميراثه لأخي مولاته لانه اقرب عصبة المعتق فان المرأة لو كانت هي الميتة لورثها أخوها وعصبتها فان انقرض عصبتها كان بيت المال احق به من عصبة ابيها. يروى نحو هذا عن علي وبه قال ابان بن عثمان وقبيصة بن ذؤيب وعطاء وطاوس والزهري وقتادة ومالك والشافعي واهل العراق .

وروى عن علي رواية اخرى انه لعصبة الابن، وروى نحو ذلك عن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب، وبه قال شريح وهذا يرجع الى ان الولاء لا يورث كما يورث المال، وقد روى عن احمد نحو هذا، واحتجوا بأن عمرو بن شعيب روى عن ابيه عن جده ان رئاب بن حذيفه تزوج امرأة فولدت له ثلاثة غلمة فماتت أمهم فورثوا عنها ولاء مواليها وكان عمرو بن العاص عصبة بنيها فأخرجهم الى الشام فماتوا فقدم عمرو بن العاص ومات مولاها وترك مالا فخاصمه اخوتها الى عمر فقال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ما أحرز الوالد والولد فهو لعصبته من كان - قال وكتب له كتابا فيه شهادة عبد الرحمن بن عوف وزيد بن ثابت ورجل آخر قال فنحن فيه الى الساعة، رواه أبو داود وابن ماجه في سننهما

والصحيح الاول فان الولاء لا يورث على ما ذكرنا من قبل، وانما يورث به وهو باق للمعتق يرث به أقرب عصباته ومن لم يكن من عصباته لم يرث شيئا وعصبات الابن غير عصبات أمه فلا يرث الاجانب منها بولائها دون عصباتها وحديث عمرو بن شعيب غلط.

قال حميد. الناس يغلطون عمرو بن شعيب في هذا الحديث. فعلى هذا لا يرث المولى المعتق من أقارب معتقه الا عصباته الاقرب منهم فالاقرب على ما ذكرنا في ترتيب العصبات ولا يرث ذو فرض بفرضه ولا ذو رحم. فان اجتمع لرجل منهم فرض وتعصيب كالاب والجد والزوج والاخ من الام اذا كانا ابني عم ورث بما فيه من التعصيب ولم يرث بفرضه شيئا، وان كان عصبات في درجة واحدة كالبنين وبنيهم والاخوة وبنيهم والاعمام وبنيهم اقتسموا الميراث بينهم بالسوية وهذا كله لا خلاف فيه سوى ما ذكرنا من الاقوال الشاذة والله أعلم.

«مسألة» قال (واذا مات المعتق وخلف أبا معتقه وابن معتقه فلأبي معتقه السدس وما بقي فللابن)

نص أحمد على هذا في رواية جماعة من أصحابه، وكذلك قال في جد المعتق وابنه وقال ليس الجد والأخ والابن من الكبر في شيء يجزيهم على الميراث وهذا قول شريح والنخعي والاوزاعي والعنبري واسحاق وأبي يوسف.

ويروى عن زيد أن المال للابن ، وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والشعبي والحسن والحكم وقتادة وحماد والزهري ومالك والثوري وأبو حنيفة ومحمد والشافعي وأكثر الفقهاء . لان الإبن أقرب العصبة والاب والجد يرثان معه بالفرض ولا يرث بالولاء ذو فرض بحال

ولنا أنه عصبة وارث فاستحق من الولاء كالاخوين ، ولا نسلم أن الإبن أقرب من الاب بل هما في القرب سواء وكلاهما عصبة لا يسقط أحدهما صاحبه وانما هما يتفاضلان في الميراث فكذلك في الإرث بالولاء . ولذلك يقدم الاب على الإبن في الولاية والصلاة على الميت وغيرهما ، وحكم الاب مع ابن الإبن وان سفل حكم الجد وان علا مع الإبن وابنه سواء

﴿ مسألة ﴾ قال (وان خلف أخا معتقه وجد معتقه فالولاء بينهما نصفين)

وبهذا قال عطاء والليث ويحيى الانصاري ، ومال اليه الاوزاعي . وهو قول الشافعي وقول الثوري وأبي يوسف ومحمد ، والذين نزلوا الجد أبا جعلوا الجد أولى وورثوه وحده ، وروى عن زيد أن المال للأخ ، وهو قول مالك والشافعي لأن الاخ ابن الاب ، والجد أبوه والإبن أحق من الأب

ولنا أنهما عصبتان يرثان المال نصفين فكان الولاء بينهما نصفين كالاخوين ، وان ترك جد مولاه وابني أخي مولاه فالمال لجده في قولهم جميعا الا مالك جعل الميراث لابن الأخ وان سفل ، وقاله الشافعي أيضا لأن ابن الإبن وان سفل يقدم على الأب ، وليس هذا بصواب . فان ابن الأخ محجوب عن الميراث بالجد فكيف يقدم عليه ، ولان الجد أولى بالمعتق من ابن الاخ فيرث مولاه لقول النبي (ص) « المولى أخ في الدين وولي نعمة يرثه أحق الناس بالمعتق » والدليل على أن الجد أولى أنه يرث ابن ابنه دون ابن الاخ ، فيكون أولى لقول النبي صلى الله عليه وسلم « ألحقوا الفرائض بأهلها وماأبقت الفروض فلأولى رجل ذكر » وفي لفظ « فلأولى عصبة ذكر » ولان الجد أب فيقدم على ابن الاخ كالاب الحقيقي ولانه يقدم في ميراث المال فقدم في الميراث بالولاء كسائر العصبات

(فصل) فان اجتمع أخوة وجد فميراث المولى بينهم كمال سيده ، وان اجتمع

اخوة من أبوين واخوة من أب عاد الإخوة من الابوين الجد بالاخوة من الاب ثم ما حصل لهم أخذه ولد الابوين . وقال ابن سريج يحتمل أنه بينهم على عددهم ولا يعاد ولد الابوين الجد بولد الاب .

ولنا أنه ميراث من الجد والاخوة فأشبه الميراث بالنسب ، فإن كان مع الإخوة أخوات لم يعتد بهن لانهن لا يرثن منفردات فلا يعتد بهن كالاخوة من الام وان انفرد الاخوة من الاب مع الجد فحكمهم حكم الاخوة من الابوين .

(فصل)

وان ترك جد مولاه وعم مولاه فهو للجد . وكذلك ان ترك جد أبي مولاه وبه يقول الثوري والاوزاعي وأهل العراق . وقال الشافعي : هو للعم وبنيه وان سفلوا دون جد الاب ، وهو قياس قول مالك . قال الشافعي ومن جعل الجد والاخ سواء لجد الاب والعم سواء وهو أولى من ابن العم .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم يرثه أولى الناس بالمعتق ، والجد أولى بالمعتق بدليل أنه أولى الناس بماله وولايته ويقدم في تزويجه والصلاة عليه وغير ذلك . والعجب أن الشافعي رحمه الله عليه نزل الجد أبا في ولاية المال وولاية الاجبار على النكاح ، ووافق غيره في وجوب الانفاق عليه وله وعتقه على ابن ابنه ، وعتق ابن ابنه عليه ، وانتفاء القصاص عنه بقتل ابن ابنه والحد بقذفه وغير ذلك من أحكام الاب ثم جعل أبعد العصبات أولى منه بالولاء .

مسألة ، قال (واذا هلك رجل عن ابنين ومولى فمات أحد الابنين بعده عن ابن ثم مات المولى فالولاء لابن معتقه لان الولاء للكبر . ولو هلك الابنان بعده وقبل المولى وخلف أحدهما ابنا والآخر تسعة كان الولاء بينهم على عددهم لكل واحد منهم عشره)

هذا قول أكثر أهل العلم ، قال الامام أحمد : روي هذا عن عمر وعثمان وعلي وزيد وابن مسعود ، وروى سعيد حدثنا هشيم حدثنا أشعث بن سوار عن الشعبي أن عمر وعليا وابن مسعود وزيداً كانوا يجعلون الولاء للكبر ، وروى ذلك

عن ابن عمر وأبى بن كعب وأبى مسعود البدرى وأسامة بن زيد ، وبه قال عطاء وطاوس وسالم بن عبد الله والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعى والزهرى وقتادة وابن قسيط (١) ومالك والثورى والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى وداود ، كلهم قالوا الولاء للكبر ، وتفسيره أنه يرث المولى المعتق من عصبات سيده ، أقربهم إليه وأولاهم بميراثه يوم موت العبد

قال ابن سيرين . إذا مات المعتق نظر الى أقرب الناس إلا الذى أعتقه فيجعل ميراثه له ، واذا مات السيد قبل مولاه لم ينتقل الولاء الى عصبته لأن الولاء كالنسب لا ينتقل ولا يورث وانما يورث به . فهو باق للمعتق أبداً لا يزول عنه ، بدليل قوله عليه السلام « انما الولاء لمن أعتق »

وقوله « الولاء لحمة كلحمة النسب » ، وانما يرث عصبة السيد مال مولاه بولاء معتقه لا نفس الولاء ، ويتضح معنى هذا القول بمسألتى الخرقى اللتين ذكرناهما ههنا ، وهما اذا مات رجل عن ابنين ومولى فمات أحد الإبنين بعده عن ابن ثم مات المولى ورثه ابن معتقه دون ابن ابن معتقه ، لأن ابن ابن المعتق أقرب عصبة سيده . ولو مات السيد وخلف ابنه وابن ابنه لكان ميراثه لابنه دون ابن ابنه فكذلك اذا مات المولى .

والمسألة الأخرى : اذا هلك الابنان بعده وقبل مولاه وخلف أحدهما ابناً والآخر تسعة ثم مات المولى كان ميراثه بينهم على عددهم لكل واحد منهم عشره لأن السيد لو مات كان ميراثه بينهم كذلك فكذلك ميراث مولاه ، ولو كان الولاء موروثا لانعكس الحكم فى المسألتين وكان الميراث فى المسألة الأولى بين الابن وابن الابن ، كأن الابنين ورثا الولاء عن أبيهما ، ثم ما صار للابن الذى مات انتقل الى ابنه فصار ميراث المولى بينه وبين عمه نصفين

وفى المسألة الثانيه يصير لابن الابن المنفرد نصف الولاء بميراثه ذلك عن ابنه ولبنى الابن الآخر النصف بينهم على عددهم ، وشذ شريح فقال : الولاء بمنزلة المال يورث عن المعتق ، فمن ملك شيئا حياته فهو لورثته

وقد حكى عن عمر وعلى وابن عباس وابن المسيب نحو هذا ، وروى عن حنبل

(١) فى نسخة نشيط

ومحمد بن الحكم عن أحمد نحوه ، وغلطهما أبو بكر فى روايتهما ، فإن الجماعة رووا عن أحمد مثل قول الجمهور . قال أبو الحارث : سألت أبا عبد الله عن الولاء للكبر فقال كذا روى عن عمر وعثمان وعلى وزيد وابن مسعود أنهم قالوا الولاء للكبر ، إلى هذا القول أذهب . وتفسير ذلك أن يعتق الرجل عبداً ثم يموت ويخلف ابنين فيموت أحد الإبنين ويخلف إبنا ، فولاء هذا العبد المعتق لابن المعتق وليس لابن الابن شىء مع الابن ، وحجة شريح حديث عمرو بن شعيب الذى ذكرناه والقياس على المـال .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « المولى أخ فى الدين وولى نعمة ، وأولى الناس به أقربهم من المعتق » وقوله عليه السلام « الولاء لمن أعتق » وقوله « الولاء لحمة كلحمة النسب » ولأنه من أسباب التوارث فلم يورث كالقرابة والنكاح ، ولأنه إجماع من الصحابة ولم يظهر عنهم خلافه فلا يجوز مخالفته ، وحديث عمرو ابن شعيب قد غلطه العلماء فيه ولم يصح عن أحد من الصحابة خلاف هذا القول وحكاه الشعبي والأئمة عن عمر ومن ذكرنا قولهم ، ولا يصح اعتبار الولاء بالمال لأن الولاء لا يورث ، بدليل أنه لا يرث منه ذوو الفروض: وانما يورث به فينظر أقرب الناس الى سيده من عصباته يوم موت العبد والمعتق فيكون هو الوارث المولى دون غيره كما أن السيد لو مات فى تلك الحال ورثه وحده فإذا خلف ابن مولاه وابن ابن مولاه فماله لابن مولاه .

وإن خلف ابن ابن مولاه وتسعة بنى ابن آخر لمولاه فماله بينهم على عددهم لكل واحد عشره لأنهم يرثون جدهم كذلك .

ولو خلف السيد ابنه وابن ابنه فمات ابنه بعده عن ابن ، ثم مات عتيقه فميراثه بين ابنى الابن نصفين . وفى قول شريح هو لابن الابن الذى كان حيا عند موت ابنه . وان مات السيد عن أخ من أب وابن أخ من أبوين ، فمات الأخ من الأب عن ابن ثم مات العتيق فماله لابن الأخ من الأبوين . وفى قول شريح هو لابن الأخ من الأب وان لم يخلف عصبة من نسب مولاه فماله لمولى مولاه ثم لأقرب عصباته ثم لمولى مولاه ، فإذا انقرض عصباته وموالى الموالى وعصباتهم فماله لبيت المـال .

« مسألة » قال (ومن أعتق عبداً فولاؤه لابنه وعقله على عصبته)

هـــذه المسأله محوله على أن المعتق لم يخلف عصبة من نسبه ولا وارثا منهم ، اذ لو خلف وارثا من نسبه أو عصبته كانوا أحق بميراثه وعقله من عصبات مولاه وولده فليس فى ذلك اشكال، واذالم يخلف الا ابن مولاه وعصبةمولاه فماله لابن مولاه لأنه أقرب عصبات المعتق . وعقله ان جنى جناية على عصبة مولاه ان كان المعتق امرأة لما روى ابراهيم قال « اختصم على والزبير فى مولى صفية فقال على : مولى عمتى وأنا أعقل عنه : وقال الزبير : مولى أمى وأنا أرثه فقضى عمر للزبير بالميراث وقضى على على بالعقل» ذكرهذا الامام أحمدورواه سعيد فى السنن وغيره وهى قضية مشهورة . وعن الشعبى قال « قضى بولاء صفية للزبير دون العباس . وقضى بولاء أم هانىء لجعدة بن هبيرة دون على » ولايمتنع كون العقل على العصبة والميراث لغيره كما قضى النبى صلى الله عليه وسلم بميراث التى قتلت هى وجنينها لبنيها وعقلها على العصبة .

وقد روى زياد بن أبى مريم « أن امرأة أعتقت عبداً لها ثم توفيت وتركت ابنا لها وأخاها . ثم توفى مولاها من بعدها فأتى أخو المرأة وابنها رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ميراثه فقال عليه السلام : ميراثه لابن المرأة ، فقال أخوها لو جر جريرة كانت على ويكون ميراثه لهذا ؟ قال نعم » وانما حملنا مسألة الخرقى على ما اذا كان المعتق امرأة . لأن الأخبار التى رويناها انما وردت فيها ، ولأن المرأة لا تعقل وابنها ليس من عشيرتها فلا تعقل عن معتقها وعقل عنها عصباتها من عشيرتها . أما الرجل المعتق فإنه يعقل عن معتقه لأنه عصبة من أهل العقل ويعقل ابنه وأبوه لأنهما من عصباته وعشيرته فلا يلحق ابنه فى نفى العقل عنه بابن المرأة والله أعلم .

(فصل) فإن كان المولى حيا وهو رجل عاقل موسر فعليه من العقل وله الميراث ؛ لأنه عصبة معتقه ، وان كان صبيا أو امرأة أو معتوها فالعقل على عصباته والميراث له لأنه ليس من أهل العقل ، فأشبه ما لو جنوا جناية خطأ كان العقل على عصباتهم ، ولو جنى عليهم كان الأرش لهم

فصل

ولا يرث المولى من أسفل معتقه[1] فى قول عامة أهل العلم ، وحكى عن شريح وطاوس أنهما ورثاه لما روى سعيد عن سفيان عن عمرو بن دينار عن عوسجة عن ابن عباس « أن رجلا توفى على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وليس له وارث إلا غلام له هو أعتقه فأعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم ميراثه » قال الترمذى هذا حديث حسن ، وروى عن عمر نحو هذا .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « إنما الولاء لمن أعتق » ولأنه لم ينعم عليه فلم يرثه كالأجنبي ، وإعطاء النبي صلى الله عليه وسلم له قضية فى عين يحتمل أن يكون وارثاً بجهة غير الإعتاق وتكون فائدة الحديث أن إعتاقه له لم يمنعه ميراثه ، ويحتمل أنه أعطاه وصلة وتفضلا ، إذا ثبت أنه لا يرثه فلا يعقل عنه . وقال الشافعى فى القديم : يعقل عنه لأن سيده أنعم عليه فجاز أن يغرم عنه .

ولنا أن العقل على العصبات وليس هذا منهم ، وما ذكره لا أصل له وينعكس كسائر العاقلة فإنه لم ينعم عليه ويعقلون عنه وينتقض بما إذا قضى إنسان دين آخر فقد غرم عنه ولا يعقل .

(فصل) فإن أسلم الرجل على يدى الرجل لم يرثه بذلك فى قول عامة أهل العلم منهم الحسن والشعبي ومالك والشافعى وأصحاب الرأى ، وقد روى عن أحمد رحمه الله رواية أخرى أنه يرثه وهو قول إسحاق ، وحكى عن إبراهيم أن له ولاءه ويعقل عنه ، وعن ابن المسيب إن عقل عنه ورثه وإن لم يعقل عنه لم يرثه ، وعن عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز رضى الله عنهما أنه يرثه وإن لم يواله لما روى راشد بن سعد قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أسلم على يديه رجل فهو مولاه يرثه ويدى عنه » رواه سعيد وقال أيضا حدثناه عيسى بن يونس حدثنا معاوية بن يحيى الصدفى عن القاسم الشامى عن أبى أمامة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أسلم على يديه رجل فله ولاؤه » وروى بإسناده عن تميم الدارى أنه قال « يا رسول الله ما السنة فى الرجل يسلم على يدى الرجل

---

(١) فى نسخة من أصل معتقه .

من المسلمين ؟ فقال هو أولى الناس بمحياه ومماته ، رواه أبو داود والترمذى وقال لا أظنه متصلا :

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « إنما الولاء لمن أعتق » ولأن أسباب التوارث غير موجودة فيه وحديث راشد مرسل وحديث معاوية فيه أمامة بن يحيى الصدفى وهو ضعيف وحديث تميم تكلم الترمذى فيه .

﴿ فصـــل ﴾

وإن عاقد رجل رجلا فقال عاقدتك على أن ترثنى وأرثك وتعقل عنى وأعقل عنك فلا حكم لهذا العقد ولا يتعلق به إرث ولا عقل ، وبه قال الشافعى وقال الحكم وحماد وأبو حنيفة هو عقد صحيح ولكل واحد منهما أن يرجع عنه ما لم يعقل واحد عن الآخر فإذا عقل عنه لزم ويرثه إذا لم يخلف ذا رحم لقوله تعالى (والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم) ولأن هذا كالوصية ووصية الذى لا وارث له بجميع ماله جائزة .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « إنما الولاء لمن أعتق » ولأن أسباب التوارث محصورة فى رحم ونكاح وولاء : وليس هذا منها والآية منسوخة بآية الميراث ولذلك لا يرث مع ذى رحم شيئا ، قال الحسن نسختها (وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله) وقال مجاهد فآتوهم نصيبهم من العقل والنصرة والرفادة ، وليس هذا بوصية لأن الوصى لا يعقل فله الرجوع ، وهذا عندهم بخلافه .

(فصل) واللقيط حر لا ولاء عليه فى قول الجمهور وفقهاء الامصار ، وروى عن عمر أن ولاءه للملتقطه ، وبه قال الليث واسحاق ، وعن إبراهيم إن نوى أن يرث منه فذلك ، وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم « المرأة تحوز ثلاثة مواريث لقيطها وعتيقها وولدها الذى لاعنت عليه » .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « إنما الولاء لمن أعتق » ولانه ليس بقرابة ولا عتيق ولا ذى نكاح فلا يرث كالاجنبي والحديث فيه كلام .

كتاب الوديعة

والاصل فيها الكتاب والسنة والإجماع ، أما الكتاب فقول الله تعالى (إن الله يأمركم أن تؤدوا الامانات إلى أهلها) وقوله تعالى (فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذى اؤتمن أمانته) وأما السنة فقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « أد الامانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك » .

وروى عنه عليه السلام « أنه كانت عنده ودائع فلما أراد الهجرة أودعها عند أم أيمن وأمر عليا أن يردها على أهلها » وأما الاجماع فأجمع علماء كل عصر على جواز الايداع والاستيداع والعبرة تقتضيها فإن بالناس إليها حاجة فانه يتعذر على جميعهم حفظ أموالهم بأنفسهم ويحتاجون إلى من يحفظ لهم . والوديعة فعيلة من ودع الشيء إذا تركه أى هى متروكة عند المودع ، واشتقاقها من السكون يقال ودع يدع فكأنها ساكنة عند المودع مستقرة وقيل هى مشتقة من الخفض والدعة فكأنها فى دعة عند المودع وقبولها مستحب لمن يعلم من نفسه الامانة لان فيه قضاء حاجة أخيه المؤمن ومعاونته ، وهى عقد جائز من الطرفين متى أراد المودع أخذ وديعته لزم المستودع ردها لقوله تعالى (إن الله يأمركم أن تؤدوا الامانات إلى أهلها) فان أراد المستودع ردها على صاحبها لزمه قبولها لان المستودع متبرع بإمساكها فلا يلزمه التبرع فى المستقبل .

« مسألة » قال (وليس على مودع ضمان إذا لم يتعد)

وجملته أن الوديعة أمانة فاذا تلفت بغير تفريط من المودع فليس عليه ضمان سواء ذهب معها شيء من مال المودع أو لم يذهب ، هذا قول أكثر أهل العلم روى ذلك عن أبى بكر وعلى وابن مسعود رضى الله عنهم وبه قال شريح والنخعى ومالك وأبو الزناد والثورى والاوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى ، وعن أحمد رواية أخرى : إن ذهبت الوديعة من بين ماله غرمها لما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه : أنه ضمن أنس بن مالك وديعة ذهبت من بين ماله ، قال القاضى والاول أصح لان الله تعالى سماها أمانة والضمان ينافى الامانة ، ويروى عن

عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي (ص) قال « ليس على المستودع ضمان » ويروى عن الصحابة الذين ذكرناهم ، ولان المستودع مؤتمن فلا يضمن ما تلف من غير تعديه وتفريطه كالذي ذهب مع ماله ، ولان المستودع إنما يحفظها لصاحبها متبرعا من غير نفع يرجع عليه فلو لزمه الضمان لامتنع الناس من قبول الودائع وذلك مضر لما بيناه من الحاجة إليها وما روى عن عمر محمول على التفريط من أنس فى حفظها فلا ينافى ما ذكرنا : فأما إن تعدى المستودع فيها أو فرط فى حفظها فتلفت ضمن بغير خلاف نعلمه لانه متلف لمال غيره فضمنه كما لو أتلفه من غير استيداع .

(فصل) إذا شرط رب الوديعة على المستودع ضمان الوديعة فقبله أو قال : أنا ضامن لها لم يضمن ، قال أحمد فى المودع إذا قال أنا ضامن لها فسرقت فلا شىء عليه وكذلك كل ما أصله الامانة كالمضاربة ومال الشركة والرهن والوكالة : وبهذا قال الثورى والشافعى وإسحاق وابن المنذر وذلك لانه شرط ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه كما لو شرط ضمان ما يتلف فى يد مالكه .

« مسألة » قال (فإن خلطها بماله وهى لا تتميز أو لم يحفظها كما يحفظ ماله أو أودعها غيره فهو ضامن)

فى هذه المسألة ثلاث مسائل ، إحداهن : ان المستودع إذا خلط الوديعة بما لم تتميز منه من ماله أو مال غيره ضمنها سواء خلطها بمثلها أو دونها أو أجود من جنسها أو غير جنسها مثل أن يخلط دراهم بدراهم أو دهنا بدهن كالزيت بالزيت أو السمن أو بغيره ، وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى .

وقال ابن القاسم ان خلط دراهم بدراهم على وجه الحرز لم يضمن ، وحكى عن مالك لا يضمن إلا أن يكون دونها لانه لا يمكنه ردها إلا ناقصة .

ولنا أنه خلطها بماله خلطا لا يتميز فوجب أن يضمنها كما لو خلطها بدونها ، ولانه إذا خلطها بما لا يتميز فقد فوت على نفسه امكان ردها فلزمه ضمانها كما لو ألقاها فى لجة بحر ، وإن أمره صاحبها بخلطها بماله أو بغيره ففعل ذلك فلا ضمان عليه ، لانه فعل ما أمر به فكان نائبا عن المالك فيه ، وقد نقل مهنا عن أحمد فى رجل استودع عشرة دراهم واستودعه آخر عشرة وأمراه أن يخلطها فخلطها فضاعت

الدراهم فلا شيء عليه فإن أمره أحدهما بخلط دراهمه ولم يأمره الآخر فعليه ضمان دراهم من لم يأمره دون الاخرى : وإن اختلطت هي بغير تفريط منه فلا ضمان عليه لانها لو تلفت بذلك لم يضمن فخلطها أولى . وإن خلطها غيره فالضمان على من خلطها لان العدوان منه فالضمان عليه كما لو أتلفها .

المسألة الثانية : إذا لم يحفظها كما يحفظ ماله وهو أن يحرزها بحرز مثلها فانه يضمنها ، وحرز مثلها يذكر في باب القطع فى السرقة ، وهذا اذا لم يعين له المودع ما يحفظها فيه . فان عين له لزمه حفظها فيما أمره به سواء كان حرز مثلها أو لم يكن ، وان أحرزها بمثله أو أعلى منه لم يضمنها . ويتخرج أن يضمنها اذا فعل ذلك من غير حاجة .

المسألة الثالثة : اذا أودعها غيره : ولها صورتان : احداهما : أن يودعها غيره لغير عذر فعليه الضمان بغير خلاف في المذهب . وهو قول شريح ومالك الشافعي وأبى حنيفة وأصحابه واسحاق . وقال ابن أبي ليلى لا ضمان عليه لان عليه حفظها وأحرازها وقد أحرزها عند غيره وحفظها به ، ولانه يحفظ ماله بإيداعه فاذا أودعها فقد حفظها بما يحفظ به ماله فلم يضمنها كما لو حفظها في حرزه .

ولنا أنه خالف المودع فضمنها كما لو نهاه عن ايداعها ، وهذا صحيح فانه أمره بحفظها بنفسه ولم يرض لها غيره .

فاذا ثبت هذا فان له تضمين الاول وليس للأول الرجوع على الثانى لانه دخل معه فى العقد على أنه أمين له لا ضمان عليه . وان أحب المالك تضمين الثانى فذكر القاضى أنه ليس له تضمينه فى ظاهر كلام أحمد لانه ذكر الضمان على الاول فقط وهذا مذهب أبي حنيفة لانه قبض قبضا موجبا للضمان على الاول فلم يوجب ضمانا آخر وفارق القبض من الغاصب فانه لم يوجب الضمان على الغاصب انما لزمه الضمان بالغصب ، ويحتمل ان له تضمين الثانى أيضا لانه قبض مال غيره على وجه لم يكن له قبضه ولم يأذن له مالكه فضمنه كالقابض من الغاصب ، وهذا مذهب الشافعى ، وذكر أحمد الضمان على الاول لا ينفي الضمان عن الثانى كما ان الضمان يلزم الغاصب ولا ينفي وجوبه على القابض منه ، فعلى هذا يستقر الضمان على الاول فان ضمنه لم يرجع على أحد وان ضمن الثانى يرجع على الاول ، وهذا القول أشبه

بالصواب وما ذكرنا للقول الأول لا أصل له ثم هو منتقض بما إذا دفع الوديعة الى إنسان عارية ، أو هبة ، أو وديعة لنفسه ، فأما إن دفع الوديعة الى من جرت عادته بحفظها له من أهله كامرأته وغلامه لم يضمن نص عليه أحمد ، وهو قول أبي حنيفة ، وقال الشافعي : يضمن لأنه سلم الوديعة الى من لم يرض به صاحبها فضمنها كما لو سلمها الى أجنبي .

ولنا أنه حفظها بما يحفظ به ماله ، فأشبه مالو حفظها بنفسه وكما لو دفع الماشية الى الراعي أو دفع البهيمة الى غلامه ليسقيها ويفارق الأجنبي فإن دفعها اليه لا يعد حفظاً منه .

الصورة الثانية : إذا كان له عذر مثل ان أراد سفراً أو خاف عليها عند نفسه من حرق أو غرق أو غيره ، فهذا ان قدر على ردها على صاحبها أو وكيله في قبضها لم يجز له دفعها الى غيره فإن فعل ضمنها لأنه دفعها الى غير مالكها بغير إذن منه من غير عذر فضمنها كما لو أودعها في الصورة الاولى ، وان لم يقدر على صاحبها ولا وكيله فله دفعها الى الحاكم سواء كان به ضرورة الى السفر أو لم يكن لأنه متبرع بإمساكها فلا يلزمه استدامته ، والحاكم يقوم مقام صاحبها عند غيبته ، وان أودعها مع قدرته على الحاكم ضمنها لأن غير الحاكم لا ولاية له ، ويحتمل أن يجوز له ايداعها لأنه قد يكون أحفظ لها وأحب الى صاحبها ، وان لم يقدر على الحاكم فأودعها ثقة لم يضمنها لأنه موضع حاجة .

وذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد أنه يضمنها ثم تأول كلامه على أنه أودعها من غير حاجة أو مع قدرته على الحاكم ، وان دفنها في موضع وأعلم بها ثقة يده على الموضع وكانت مما لا يضرها الدفن فهو كايداعها عنده ، وان لم يعلم بها أحداً ضمنها لانه فرط في حفظها فإنه لا يأمن أن يموت في سفره فلا تصل الى صاحبها وربما نسي مكانها أو أصابه آفة من هدم أو حرق أو غرق فتضيع ، وان أعلم بها غير ثقة ضمنها لأنه ربما أخذها ، وان أعلم بها ثقة لا يد له على المكان فقد فرط لانه لم يودعها اياه ولا يقدر على الاحتفاظ بها .

(فصل) وان أراد السفر بها وقد نهاه المالك عن ذلك ضمنها لأنه مخالف

لصاحبها وان لم يكن نهاه لكن الطريق مخوف أو البلد الذى يسافر اليه مخوف ضمنها لأنه فرط فى حفظها وان لم يكن كذلك فله السفر بها .

نص عليه أحمد سواء كان به ضرورة الى السفر أو لم يكن . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعى ان سافر بها مع القدرة على صاحبها او وكيله او الحاكم او امين ضمنها لأنه يسافر بها من غير ضرورة . اشبه ما لو كان السفر مخوفا .

ولنا انه نقلها الى موضع مأمون فلم يضمنها كما لو نقلها فى البلد ولأنه سافر بها سفراً غير مخوف ، اشبه ما لو لم يجد احداً يتركها عنده . ويقوى عندى انه متى سافر بها مع القدرة على مالكها او نائبه بغير اذنه فهو مفرط عليه الضمان لأنه يفوت على صاحبها امكان استرجاعها ويخاطر بها ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ان المسافر وماله لعلى قلت الا ماوقى الله » اى على هلاك . ولا يلزم من الاذن فى امساكها على وجه لا يتضمن هذا الخطر ولا يفوت امكان ردها على صاحبها الاذن فيما يتضمن ذلك . فأما مع غيبة المالك ووكيله فله السفر بها اذا كان احفظ لها لأنه موضع حاجته فيختار فعل ما فيه الحظ

(فصل)

وان حضره الموت فحكمه حكم السفر على ما مضى من احكامه الا فى اخذها معه لان كل واحد منهما سبب لخروج الوديعة عن يده .

« مسألة » قال (وان كانت غلة فخلطها فى صحاح او صحاحا فخلطها فى غلة فلا ضمان عليه)

يعنى بالغلة المكسرة اذا خلطها بصحاح من ماله او خلط الصحاح بالمكسرة لم يضمنها لانها تتميز منها فلا يعجز بذلك عن ردها على صاحبها فلم يضمنها كما لو تركها فى صندوق وفيه اكياس له ، وبهذا قال الشافعى ومالك ولانعلم فيه اختلافا وكذلك الحكم اذا خلط دراهم بدنانير ، وبيضا بسود .

وقد حكى عن احمد فيمن خلط دراهم بيضا بسود يضمنها ولعله قال ذلك لكونها تكتسب منها سواداً او يتغير لونها فتنقص قيمتها فإن لم يكن فيها ضرر فلا ضمان عليه والله تعالى اعلم .

« مسألة » قال (ولو أمره ان يجعلها فى منزل فأخرجها عن المنزل لغشيان نار أو سيل أو شيء الغالب منه البوار فلا ضمان عليه)

وجملة ذلك : أن رب الوديعة إذا أمر المستودع بحفظها فى مكان عينه لحفظ فيه ولم يخش عليها فلا ضمان عليه بغير خلاف لأنه ممتثل لامره غير مفرط فى ماله وان خاف عليها سيلا وتوى ، يعنى هلاكا ، فأخرجها منه الى حرزها فتلفت فلا ضمان عليه بغير خـــلاف أيضا لان نقلها فى هذه الحال تعين حفظا لها وهو مأمور بحفظها وان تركها مع الخوف فتلفت ضمنها سواء تلفت بالأمر المخوف أو بغيره لأنه فرط فى حفظها لان حفظها نقلها . وتركها تضييع لها وان لم يخف عليها فنقلها عن الحرز الى دونه ضمنها لانه خالفه فى الحفظ المأمور به ، وان نقلها الى دونه عند الخوف عليها نظرنا فإن أمكنه احرازها بمثله أو أعلى منه ضمنها أيضا لتفريطه ، وان لم يمكنه إحرازها إلا بما دونه لم يضمنها لان إحرازها بذلك أحفظ لها من تركه وليس فى وسعه سواه ، وان نقلها الى مثل ذلك الحرز لغير عذر فقال القاضى لا يضمنها ، وهو مذهب الشافعى لان تقييده بهذا الحرز يقتضى ما هو مثله كمن اكترى أرضا لزرع حنطة فله زرعها وزرع مثلها فى الضرر ، ويحتمل كلام الخرقى لزوم الضمان لأن الأمر بشيء يقتضى تعيينه فلا يعدل عنه إلا بدليل . وان نقلها الى أحرز منه كان حكمه حكم ما لو أخرجها الى مثله فإن نهاه عن اخراجها من ذلك المكان فالحكم فيه كما لو أمره بتركها فيه ولم ينهه عن اخراجها منه الا فى أنه اذا خاف عليها فلم يخرجها حتى تلفت ففيه وجهان .

أحدهما : يضمن لما ذكرنا فى التى قبلها .

والثانى : لا يضمن لانه ممتثل لقول صاحبها . وفى أنه اذا أخرجها لغير عذر ضمنها سواء أخرجها الى مثله أو دونه أو فوقه لأنه خالف صاحبها لغير فائدة ، وهذا ظاهر كلام الشافعى ، وقال أبو حنيفة : ان نهاه عن نقلها من بيت فنقلها الى بيت آخر من الدار لم يضمن لأن البيتين من دار واحدة حرز واحد وطريق أحدهما طريق الآخر ، فأشبه ما لو نقلها من زاوية الى زاوية ، وان نقلها من دار الى دار أخرى ضمن .

ولنا أنه خالف أمر صاحبها بما لا مصلحة فيه فيضمن كما لو نقلها من دار الى دار وليس ما فرق به صحيحا لأن بيوت الدار تختلف فمنها ما هو أقرب الى الطريق أو الى موضع الوقود أو الى الانهدام أو أسهل فتحا أو بابه أسهل كسرا أو أضعف حائطا أو أسهل نقبا أو لكون المالك يسكن به أو يسكن فى غيره وأشباه هذا مما يؤثر فى الحفظ أو فى عدمه . فلا يجوز تفويت غرض رب الوديعة من تعيينه من غير ضرورة . وان خاف عليها فى موضعها فعليه نقلها فان تركها فتلفت ضمنها لان نهى صاحبها عن اخراجها انما كان لحفظها وحفظها ههنا فى اخراجها ، فأشبه ما لو لم ينهه عن اخراجها .

فان قال : لا تخرجها . وان خفت عليها فأخرجها من غير خوف ضمنها ، وان أخرجها عند خوفه عليها أو تركها فتلفت لم يضمنها لأن نهيه مع خوف الهلاك نص فيه وتصريح به فيكون مأذونا فى تركها فى تلك الحال فلم يضمنها لامتثاله أمر صاحبها كما لو قال له أتلفها فأتلفها ولا يضمن اذا أخرجها لانه زيادة خير وحفظ فلم يضمن به كما لو قال له أتلفها فلم يتلفها حتى تلفت .

فصل

وان أودعه وديعة ولم يعين له موضع احرازها فان المودع يحفظها فى حرز مثلها أى موضع شاء فان وضعها فى حرز ثم نقلها عنه إلى حرز مثلها لم يضمنها سواء نقلها إلى مثل الاول أو دونه لأن ربها رد حفظها الى رأيه واجتهاده وأذن له فى احرازها بما شاء من احراز مثلها ولهذا لو تركها فى هذا الثانى أولا لم يضمنها فكذلك اذا نقلها اليه .

ولو كانت العين فى بيت صاحبها فقال لرجل احفظها فى موضعها فنقلها عنه من غير خوف ضمنها لأنه ليس بمودع انما هو وكيل فى حفظها وليس له اخراجها من ملك صاحبها ولا من موضع استأجره لها الا أن يخاف عليها فعليه اخراجها لانه مأمور بحفظها وقد تعين حفظها فى اخراجها ويعلم أن صاحبها لو حضر فى هذه الاحوال لاخرجها ولانه مأمور بحفظها على صفة فإذا تعذرت الصفة لزمه حفظها بدونها كالمستودع اذا خاف عليها .

(فصل) اذا أخرج الوديعة المنهى عن اخراجها فتلفت وادعى أنه أخرجها لغشيان نار أو سيل أو شيء ظاهر فأنكر صاحبها وجوده فعلى المستودع البينة انه كان فى ذلك الموضع ما ادعاه لان هذا مما لا تتعذر اقامة البينة عليه لانه أمر ظاهر فإذا ثبت ذلك كان القول قوله فى التلف مع يمينه ولا يحتاج الى بينة لانه تتعذر اقامة البينة فلم يطالب بها كما لو ادعى التلف بأمر خفى ، وهذا قول الشافعى والحكم فى اخراجها من الخريطة والصندوق حكم اخراجها من البيت على مامضى من التفصيل فيه .

فصل

ولو أمره أن يجعلها فى منزله فتركها فى ثيابه وخرج بها ضمنها لان البيت أحرز لها ، وان جاءه بها فى السوق فقال احفظها فى بيتك فقام بها فى الحال فتلفت فلا ضمان عليه ، وان تركها فى دكانه أو ثيابه ولم يحملها الى بيته مع امكانه فتلفت ضمنها لان بيته أحرز لها هكذا قال أصحابنا ، ويحتمل أنه متى تركها عنده الى وقت مضيه الى منزله فى العادة فتلفت لم يضمنها لان العادة أن الانسان اذا أودع شيئا وهو فى دكانه أمسكه فى دكانه أو فى ثيابه الى وقت مضيه الى منزله فيستصحبه معه والمودع عالم بهذه الحالة راض بها ولو لم يرض بها لشرط عليه خلافها وأمره بتعجيل حملها . فأما أن يقبلها بهذا الشرط أو يردها .

وان قال اجعلها فى كمك فجعلها فى جيبه لم يضمنها لأن الجيب أحرز لها لانه انما ربما نسى فيسقط الشيء من كمه بخلاف الجيب . وان قال اجعلها فى جيبك فتركها فى كمه ضمنها لذلك ، وان جعلها فى يده ضمن أيضا كذلك ، وان قال اجعلها فى كمك فتركها فى يده ففيه وجهان :

أحدهما : يضمن لأن سقوط الشيء من اليد مع النسيان أكثر من سقوطه من الكم . والثانى : لايضمن لان اليد لايتسلط عليها الطرار بالبط والحكم بخلافه ولان كل واحد منهما أحرز من وجه فيتساويان ، ولمن نصر الوجه الأول أن يقول متى كان كل واحد منهما أحرز من وجه وجب أن يضمن لانه فوت الوجه المأمور بالحفظ به وأتى بما لم يؤمر به فضمن لمخالفته ، وعلى هذا لو أمر بتركها فى يده فجعلها فى كمه ضمن لذلك .

وقال القاضي : اليد أحرز عند المغالبة . فعلى هذا إن امر بتركها في يده فشدها في كمه عند غير المغالبة فلا ضمان عليه ، وإن فعل ذلك عند المغالبة ضمن . وإن أمره بشدها في كمه فأمسكها في يده عند المغالبة لم يضمن وان فعل ذلك عند غير المغالبة ضمن وان أمره بحفظها مطلقا فتركها في جيبه أو شدها في كمه لم يضمنها وان تركها في كمه غير مشدودة وكانت خفيفة لا يشعر بها إذا سقطت ضمنها لأنه مفرط ، وان كانت ثقيلة يشعر بها لم يضمنها لأن هذا عادة الناس في حفظ أموالهم فان شدها على عضده لم يضمنها لأن ذلك أحفظ لها .

وقال القاضي : ان شدها من جانب الجيب لم يضمن وان شدها من الجانب الآخر ضمنها لأن الطرار يقدر على بطها بخلاف ما اذا شدها مما يلي الجيب . وهذا يبطل بما اذا تركها في جيبه أو شدها في كمه فان الطرار يقدر على بطها ولا يضمن وليس إمكان إحرازها بأحفظ الحرزين مانعا من إحرازها بما دونه إذا كان حرزاً بمثلها وشدها على العضد حرز لها كيفما كان لأن الناس يحرزون به أموالهم . فأشبه شدها في الكم وتركها في الجيب ولكن لو أمره بشدها مما يلي الجيب فشدها من الجانب الآخر ضمن وإن أمره بشدها مما يلي الجانب الآخر فشدها مما يلي الجيب لم يضمن لأنه أحرز وان أمره بشدها على عضده مطلقا أو أمره بحفظها معه فشدها من أي الجانبين كان لم يضمن لأنه ممتثل أمر مالكها محرز لها بحرز مثلها ، وان شدها على وسطه فهو أحرز لها وكذلك ان تركها في بيته في حرزها .

(فصـــل)

وان امره أن يجعلها في صندوق وقال لا تقفل عليها ولا تنم فوقها فخالفه في ذلك ، أو قال لا تقفل عليها الا قفلا واحداً فجعل عليها قفلين فلا ضمان عليه . ذكره القاضي . وهو ظاهر مذهب الشافعي

وحكي عن مالك أنه يضمن لأنه خالفه ربما في شيء له فيه غرض يتعلق بحفظها ، فأشبه ما لو نهاه عن اخراجها عن منزله فأخرجها لغير حاجة ، وذلك لأن النوم عليها وترك قفلين عليها وزيادة الاحتفاظ بها ينبه اللص عليها ويحثه على الجد في سرقتها والاحتيال لأخذها . ولنا أن ذلك أحرز لها فلا يضمن بفعله كما لو أمره بتركها في صحن الدار فتركها في البيت ، وبهذا ينتقض ما ذكروه

(فصـــل) إذا قال اجعلها فى هذا البيت ولا تدخله أحداً ، فأدخل اليه قوما فسرقها أحدهم ضمنها لأنها ذهبت بتعديه ومخالفته ، وسواء سرقها حال إدخالهم أو بعده ، لأنه ربما شاهد الوديعة فى دخوله البيت وعلم موضعها وطريق الوصول اليها ، وإن سرقها من لم يدخل البيت فقال القاضى لا يضمن ، لأن فعله لم يكن سببا لإتلافها ، ويحتمل أن يلزمه الضمان لأن الداخل ربما دل عليها من لم يدخل ولأنها مخالفة فوجب الضمان إذا كانت سبباً لإتلافها فأوجبته وإن لم تكن سبباً كما لو نهاه عن إخراجها فأخرجها لغير حاجة

(فصـل) إذا قال ضع هذا الخاتم فى الخنصر فوضعه فى البنصر لم يضمنه لأنها أغلظ وأحفظ له إلا أن لا يدخل فيها فيضعه فى أنملتها العليا فيضمنه أو ينكسر بها لغلظها عليه فيضمنه أيضا . لأن مخالفته سبب لتلفه

« مسألة » قال (واذا أودعه شيئا ثم سأله دفعه اليه فى وقت أمكنه ذلك فلم يفعل حتى تلف فهو ضامن)

لا خلاف فى وجوب رد الوديعة على مالكها إذا طلبها فأمكن أداؤها اليه بغير ضرورة . وقد أمر الله تعالى بذلك فقال تعالى (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها) وأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « أد الأمانة إلى من ائتمنك . ولا تخن من خانك » يعنى عند طلبها ولانها حق لمالكها لم يتعلق بها حق غيره فلزم أداؤها اليه كالمغصوب والدين الحال . فإن امتنع من دفعها فى هذه الحال فتلفت ضمنها لانه صار غاصبا لكونه أمسك مال غيره بغير اذنه بفعل محرم فاشبه الغاصب ، فأما ان طلبها فى وقت لم يمكن دفعها اليه لبعدها أو لمخافة فى طريقها أو للعجز عن حملها أو غير ذلك لم يكن متعدياً بترك تسليمها ، لأن الله تعالى لا يكلف نفسا الا وسعها ؛ وان تلفت لم يضمنها لعدم عدوانه ، وان قال امهلونى حتى أقضى صلاتى أو آكل فإنى جائع أو أنام فإنى ناعس أو ينهضم عنى الطعام فإنى ممتلىء أمهل بقدر ذلك

(فصـــل) وليس على المستودع مؤنة الرد وحملها الى ربها اذا كانت مما

حمله مؤنة ، قلت المؤنة أو كثرت ، لأنه قبض العين لمنفعة مالكها على الخصوص فلم تلزمه الغرامة عليها ، كما لو وكله فى حفظها فى ملك صاحبها وانما عليه التمكين من أخذها . وان سافر بها بغير اذن ربها فعليه ردها الى بلدها لانه أبعدها بغير اذن ربها فلزمه ردها كالغاصب

« مسألة » قال (واذا مات وعنده وديعة لاتتميز من ماله فصاحبها غريم بها)

وجملته أن الرجل اذا مات وثبت ان عنده وديعة لم توجد بعينها فهى دين عليه يغرم من تركته . فإن كان عليه دين سواها فهى والدين سواء . فإن وفت تركته بهما والا اقتسماها بالحصص . وبهذا قال الشعبي والنخعي وداود بن أبي هند ومالك والشافعي وابو حنيفة واصحابه واسحاق . وروى ذلك عن شريح ومسروق وعطاء وطاوس والزهري وابي جعفر محمد بن علي . وروى عن النخعي الامانة قبل الدين وقال الحارث العكلى : الدين قبل الامانة

ولنا أنهما حقان وجبا فى ذمته فتساويا كالدينين ، وسواء وجد فى تركته من جنس الوديعة أو لم يوجد : وهذا اذا أقر المودع ان عندى وديعة أو علىَّ وديعة لفلان . أو ثبت ببينة انه مات وعنده وديعة . فأما ان كانت عنده وديعة فى حياته ولم توجد بعينها ولم يعلم هل هى باقية عنده أو تلفت ؟ ففيه وجهان

أحدهما . وجوب ضمانها لأن الوديعة يجب ردها ، الا ان يثبت سقوط الرد بالتلف من غير تعد ولم يثبت ذلك . ولأن الجهل بعينها كالجهل بها ، وذلك لا يسقط الرد .

والثانى : لا ضمان عليه لان الوديعة أمانة والاصل عدم اتلافها والتعدى فيها فلم يجب ضمانها . وهذا قول ابن أبي ليلى وأحد الوجهين لاصحاب الشافعي وظاهر المذهب الاول ، لأن الاصل وجوب الرد فيبقى عليه ما لم يوجد ما يزيله

(فصـــل)

وان مات وعنده وديعة معلومة بعينها فعلى ورثته تمكين صاحبها من أخذها ، فإن لم يعلم بموت صاحبها من أخذها وجب عليهم اعلامه بها وليس لهم امساكها قبل ان يعلم بها ربها لانه لم يأتمنهم عليها ، وانما حصل مال غيرهم فى أيديهم بمنزلة

من أطارت الريح إلى داره ثوبا وعلم به فعليه إعلام صاحبه به ، فان أخر ذلك مع الإمكان ضمن . كذا هبنا ولا تثبت الوديعة إلا باقرار من الميت أو ورثته أو ببينة تشهد بها . وان وجد عليها مكتوبا وديعة لم يكن حجة عليهم لجواز أن يكون الظرف كانت فيه وديعة قبل هذا ، أو كان وديعة لموروثهم عند غيره . أو كانت وديعة فابتاعها ، وكذلك لو وجد في رزمانج أبيه أن لفلان عندي وديعة لم يلزمه بذلك . لجواز أن يكون قد ردها ونسي الضرب على ما كتب أو غير ذلك .

« مسألة » قال (واذا طالبه بالوديعة فقال ما أودعتني ، ثم قال ضاعت من حرز كان ضامنا لانه خرج من حال الامانه ، ولو قال مالك عندي شيء ثم قال ضاعت من حرز كان القول قوله ولا ضمان عليه)

وجملة ذلك أنه إذا ادعى على رجل وديعة فقال ما أودعتني ثم ثبت أنه أودعه فقال أودعتني وهلكت من حرزي لم يقبل قوله ولزمه ضمانها . وبهذا قال مالك والأوزاعي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي لأنه مكذب لانكاره الأول ومعترف على نفسه بالكذب المنافي للامانه . وان أقر له بتلفها من حرزه قبل جحده فلا ضمان عليه . وان أقر أنها تلفت بعد جحوده لم يسقط عنه الضمان لأنه خرج بالجحود عن الامانة فصار ضامنا كمن طولب بالوديعة فامتنع من ردها . وان أقام البينة بتلفها بعد الجحود لم يسقط عنه الضمان لذلك وان شهدت بتلفها قبل الجحود من الحرز فهل تسمع بينته ؟ فيه وجهان

أحدهما : لا تسمع لأنه مكذب لها بإنكاره الايداع

والثاني : تسمع بينته لأن المودع لو اعترف بذلك سقط حقه فتسمع البينة به فان شهدت بالتلف من الحرز ولم تعين قبل الجحود ولا بعده واحتمل الامرين لم يسقط الضمان لان الاصل وجوبه فلا ينتفي بأمر متردد . وأما اذا ادعى الوديعة فقال مالك عندي شيء أو لا تستحق علي شيئا فقامت البينة بالايداع أو أقر به المودع ثم قال ضاعت من حرز كان القول قوله مع يمينه ولا ضمان عليه ، لان قوله لا ينافي ما شهدت به البينة ولا يكذبها ، فان من تلفت الوديعة من حرزه

بغير تفريطه فلا شيء لمالكها عنده ولا يستحق عليه شيئا . لكن ان ادعى تلفها بعد جحوده أو قامت بينة بتلفها بعد الجحود ، وأنها كانت عنده حال جحوده فعليه ضمانها لان جحوده أوجب الضمان عليه فصار كالغاصب

(فصـــل)

اذا نوى الخيانة فى الوديعة بالجحود أو الاستعمال ولم يفعل لم يصر ضامنا لانه لم يحدث فى الوديعة قولا ولا فعلا فلم يضمن كما لو لم ينو . وقال شريح يضمنها لانه أمسكها بنية الخيانة فيضمنها كالملتقط بقصد التمليك

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « عفى عن أمتى الخطأ والنسيان وما حدثت به أنفسها ما لم تكلم به أو تعمل به » ولانه لم يخن فيها بقول ولا فعل فلم يضمنها كالذى لم ينو وفارق الملتقط بقصد التملك فانه عمل فيها بأخذها ناويا للخيانة فيها فوجب الضمان بفعله المنوى لا بمجرد النية ، ولو التقطها قاصدا لتعريفها ثم نوى بعد ذلك امساكها لنفسه كانت كمسألتنا ، ولو أخرجها بنية الاستعمال ولم يستعملها ضمنها . وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا يضمنها الا بالاستعمال لانه لو أخرجها لنقلها لم يضمنها

ولنا أنه تعدى بإخراجها أشبه ما لو استعملها بخلاف ما اذا نقلها

(فصـــل) والمودع أمين والقول قوله فيما يدعيه من تلف الوديعة بغير خلاف . قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن المودع اذا أحرز الوديعة ثم ذكر أنها ضاعت أن القول قوله . وقال أكثرهم مع يمينه ، وان ادعى ردها على صاحبها فالقول قوله مع يمينه أيضا ، وبه قال الثورى والشافعى واسحاق وأصحاب الرأى . وقال مالك : ان كان دفعها اليه بغير بينة وان كان أودعه اياها ببينة لم يقبل قوله فى الرد الا ببينة

ولنا أنه أمين لا منفعة له فى قبضها فقبل قوله فى الرد بغير بينة كما لو أودع بغير بينة ، وان قال دفعتها الى فلان بأمرك فأنكر مالكها الاذن فى دفعها فالقول قول المودع ، نص عليه احمد فى رواية ابن منصور ، وهو قول ابن ابى ليلى ، وقال مالك والثورى والعنبرى والشافعى واصحاب الرأى : القول قول المالك ، لان الاصل عدم الاذن وله تضمينه

ولنا أنه ادعى دفعاً يبرأ به من الوديعة فكان القول قوله كما لو ادعى ردها على مالكها ، ولو اعترف المالك بالاذن ولكن قال لم يدفعها فالقول قول المستودع أيضاً ثم ننظر فى المدفوع إليه ، فإن أقر أنه قبضه وكان الدفع فى دين فقد برىء الكل وإن أنكر فالقول قوله مع يمينه .

وقد ذكر أصحابنا أن الدافع يضمن لكونه قضى الدين بغير بينة ، ولا يجب اليمين على صاحب الوديعة لأن المودع مفرط لكونه أذن فى قضاء يبرئه من الحق ولم يبرأ بدفعه فكان ضامناً سواء صدقه أو كذبه ، وإن أمره بدفعه وديعة لم يحتج إلى بينة لأن المودع يقبل قوله فى التلف والرد . فلا فائدة فى الاشهاد عليه ، فعلى هذا يحلف المودع ويبرأ ويحلف الآخر ويبرأ أيضاً ويكون ذهابها من مالكها .

(فصل) وإذا أودع بهيمة فأمره صاحبها بعلفها وسقيها لزمه ذلك لوجهين .

أحدهما : لحرمة صاحبها لأنه أخذها منه على ذلك .

والثانى : لحرمة البهيمة فإن الحيوان يجب إحياؤه بالعلف والسقى ، ويحتمل أن لا يلزمه علفها إلا أن يقبل ذلك لأن هذا تبرع منه فلا يلزمه بمجرد أمر صاحبها كغير الوديعة : وإن أطلق ولم يأمره بعلفها لزمه ذلك أيضا ، وبهذا قال الشافعى ويحتمل أن لا يلزمه ذلك ، وبه قال أبو حنيفة لأنه استحفظه إياها ولم يأمره بعلفها والعلف على مالكها فإذا لم يعلفها كان هو المفرط فى ماله .

ولنا أنه لا يجوز اتلافها ولا التفريط فيها فإذا أمره بحفظها تضمن ذلك علفها وسقيها ثم ننظر فإن قدر المستودع على صاحبها أو وكيله طالبه بالانفاق عليها أو ردها عليه أو يأذن له فى الانفاق عليها ليرجع به ، فإذا عجز عن صاحبها أو وكيله رفع الأمر إلى الحاكم ، فإن وجد لصاحبها مالا أنفق عليها منه وإن لم يجد مالا فعل ما يرى لصاحبها الحظ فيه من بيعها أو بيع بعضها وإنفاقه عليها أو إجارتها أو الاستدانة على صاحبها من بيت المال أو من غيره ويدفع ذلك إلى المودع إن أراد ذلك لينفقه عليها وان رأى دفعه الى غيره ليتولى الانفاق عليها جاز ، وان استدان من المودع جاز أن يدفعه اليه ليتولى الانفاق عليها لأنه أمين عليها ، ويجوز أن يأذن له الحاكم فى أن ينفق عليها من ماله ويكون قابضا لنفسه من نفسه ويكل ذلك

الى اجتهاده فى قدر ما ينفق ويرجع به على صاحبها فإن اختلفا فى قدر النفقة فالقول قول المودع اذا ادعى النفقة بالمعروف ، وان ادعى أكثر من ذلك لم يثبت له ، وان اختلفا فى قدر المدة التى أنفق فيها فالقول قول صاحبها لأن الاصل عدم ذلك ، فإن لم يقدر على الحاكم فأنفق عليها محتسبا بالرجوع على صاحبها وأشهد على الرجوع رجع بما أنفق رواية واحدة لانه مأذون فيه عرفا ولا تفريط منه اذا لم يجد حاكما . وان فعل ذلك مع امكان استئذان الحاكم من غير اذنه فهل له الرجوع ؟ يخرج على روايتين نص عليهما فيما اذا أنفق على البهيمة المرهونة من غير اذن الراهن وفى الضامن اذا ضمن وأذن بغير اذن المضمون عنه هل يرجع به ؟ على روايتين ، احداهما يرجع به لأنه مأذون فيه عرفا ، والثانية لا يرجع لأنه مفرط بترك استئذان الحاكم . وان أنفق من غير اشهاد مع العجز عن استئذان الحاكم أو مع امكانه فى الرجوع وجهان أيضا كذلك ، ومتى علف البهيمة أو سقاها فى داره أو غيرها بنفسه أو أمر غلامه أو صاحبه ففعل ذلك كما يفعل فى بهائمه على ما جرت به العادة فلا ضمان عليه لأن هذا مأذون فيه عرفا لجريان العادة به فاشبه المصرح به .

(فصل)

وان أودعه البهيمة وقال لا تعلفها ولا تسقها لم يجز له ترك علفها لأن للحيوان حرمة فى نفسه يجب احياؤه لحق الله تعالى ، فإن علفها وسقاها كان كالقسم الذى قبله ، وان تركها حتى تلفت لم يضمنها ، وهذا قول عامة أصحاب الشافعى ، وقال بعضهم يضمن لانه تعدى بترك علفها أشبه اذا لم ينهه ، وهذا قول ابن المنذر لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال . فيصير أمر مالكها وسكوته سواء .

ولنا أنه ممتثل لأمر صاحبها فلم يضمنها كما لو قال اقتلها فقتلها وكما لو قال لا تخرج الوديعة وان خفت عليها فخاف عليها ولم يخرجها أو أمره صاحبها بإلقائها فى نار أو بحر ، وبهذا ينتقض ما ذكروه ، ومنع ابن المنذر الحكم فيما اذا أمره بإتلافها وأتلفها لما تقدم ولا يصح لانه ثابت لصاحبها فلم يغرم له شيئا كما لو استنابه فى مباح والتحريم أثره فى بقاء حق الله تعالى وهو التأثيم ، أما حق الآدمى فلا يبقى مع

اذنه فى تفويته ، ولأنها لم تتلف بفعله وانما تلفت بترك العلف المأذون فيه ، أشبه ما لو قال له لا تخرجها اذا خفت عليها فلم يخرجها .

« مسألة » قال رحمه الله ﴿ ولو كان فى يده وديعة فادعاها نفسان فقال أودعنى أحدهما ولا أعرفه عينا أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف أنها له وسلمت اليه ﴾

وجملته أن من كانت عنده وديعة فادعاها نفسان فأقر بها لأحدهما سلمت اليه لأن يده دليل ملكه فلو ادعاها لنفسه كان القول قوله فإذا أقر بها لغيره وجب ان يقبل ويلزمه ان يحلف للآخر لانه منكر لحقه ، فإن حلف برىء وان نكل لزمه ان يغرم له قيمتها لانه فوتها عليه . وكذلك لو اقر للثانى بها بعد ان اقر بها للأول سلمت الى الاول لانه استحقها باقراره وغرم قيمتها للثانى ، نص على هذا احمد ، وان اقر بها لهما جميعا فهى بينهما ويلزمه اليمين لكل واحد منهما فى نصفها . وان قال هى لاحدهما لا اعرفه عينا فاعترفا له بجهله تعين المستحق لها فلا يمين عليه ، وان ادعيا معرفته فعليه يمين واحدة انه لا يعلم ذلك : وقال ابو حنيفة يحلف يمينين كما لو انكر انها لهما .

ولنا ان الذى يدعى عليه امر واحد وهو العلم بعين المالك فكفاه يمين واحدة كما لو ادعياها فأقر بها لاحدهما ويفارق ما اذا انكرهما لان كل واحد منهما يدعى عليه انها له فهما دعويان فان حلف اقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وسلمت اليه .

وقال الشافعى : يتحالفان ويوقف الشىء بينهما حتى يصطلحا ، وهو قول ابن ابى ليلى لانه لا يعلم المالك منهما ، وللشافعى قول آخر انها تقسم بينهما كما لو اقر بها لهما ، وهذا الذى حكاه ابن المنذر عن ابن ابى ليلى وهو قول ابى حنيفة وصاحبيه فيما حكى عنهم قالوا ويضمن المستودع نصفها لكل واحد منهما لانه فوت ما استودع بجهله .

ولنا انهما تساويا فى الحق فيما ليس بأيدهما فوجب ان يقرع بينهما كالعبدين اذا اعتقهما فى مرضه فلم يخرج من الثلث الا احدهما او كما لو اراد السفر

بإحدى نسائه : وقول أبي حنيفة ليس بصحيح ، فإن العين لم تتلف ولو تلفت بغير تفريط منه فلا ضمان عليه وليس فى جهله تفريط إذ ليس فى وسعه أن لا ينسى ولا يجهل .

« مسألة » قال (ومن أودع شيئا فأخذ بعضه ثم رده أو مثله فضاع الكل لزمه مقدار ما أخذ)

وجملته أن من أودع شيئا فأخذ بعضه لزمه ضمان ما أخذ ، فإن رده أو مثله لم يزل الضمان عنه ، وبهذا قال الشافعي . وقال مالك لا ضمان عليه اذا رده أو مثله وقال أصحاب الرأى إن لم ينفق ما أخذه ورد لم يضمن وإن أنفقه ثم رده أو مثله ضمن .

ولنا أن الضمان تعلق بذمته بالأخذ بدليل أنه لو تلف فى يده قبل رده ضمنه فلا يزول إلا برده إلى صاحبه كالمغصوب . فأما سائر الوديعة فينظر فيه فإن كان فى كيس مختوم أو مشدود فكسر الختم أو حل الشد ضمن سواء أخرج منه أو لم يخرج ، لأنه هتك الحرز بفعل تعدى به : وإن خرق الكيس فوق الشد فعليه ضمان ما خرق خاصة لأنه ما هتك الحرز ، وإن لم تكن الدراهم فى كيس أو كانت فى كيس غير مشدود أو كانت ثيابا فأخذ منها واحداً ثم رده بعينه لم يضمن غيره لأنه لم يتعد فى غيره ، وإن رد بدله وكان متميزاً لم يضمن غيره لذلك وإن لم يكن متميزاً فظاهر كلام الخرقى ههنا أنه لا يضمن غيره لأن التعدى اختص به فيختص الضمان به وخلط المردود بغيره لا يقتضى الضمان لأنه يجب رده معها فلم يفوت على نفسه امكان ردها بخلاف ما إذا خلطه بغيره ، ولو أذن له صاحب الوديعة فى الأخذ منها ولم يأمره برد بدله فأخذ ثم رد بدل ما أخذ فهو كرد بدل ما لم يؤذن فى أخذه .

وقال القاضى : يضمن الكل وهو قول الشافعي . لأنه خلط الوديعة بما لا يتميز منها فضمن الكل كما لو خلطها بغير البدل وقد ذكرنا فرقا بين البدل وغيره فلا يصح القياس ، وقال أبو حنيفة اذا كسر ختم الكيس لم يلزمه ضمان الوديعة لأنه لم يتعد فى غيره .

ولنا أنه هتك حرزها فضمنها اذا تلفت كما لو أودعه اياها فى صندوق مقفل ففتحه وتركه مفتوحا ، ولا نسلم أنه لم يتعد فى غير الختم .

(فصل) واذا ضمن الوديعة بالاستعمال أو بالجحد ثم ردها الى صاحبها زال عنه الضمان ، فإن ردها صاحبها اليه كان ابتداء استئمان وان لم يردها اليه ولكن جدد له الاستئمان أو أبرأه من الضمان برىء من الضمان فى ظاهر المذهب لأن الضمان حقه فإذا أبرأه منه برىء كما لو أبرأه من دين فى ذمته ، واذا جدد له استئمانا فقد انتهى القبض المضمون به فزال الضمان . وقد قال أصحابنا اذا رهن المغصوب عند الغاصب أو أودعه عنده زال عنه ضمان الغصب فهنا أولى .

(فصل) ولو تعدى فلبس الثوب وركب الدابة أو أخذ الوديعة ليستعملها أو ليخزن فيها ثم ردها الى موضعها بنية الامانة لم يبرأ من الضمان ، وبهذا قال الشافعي . وقال ابو حنيفة يبرأ لأنه ممسك لها باذن مالكها فأشبه ما قبل التعدى .

ولنا انه ضمنها بعدوان فبطل الاستئمان كما لو جحدها ثم اقر بها ، وبهذا يبطل ما ذكروه .

(فصل) ولا يصح الايداع الا من جائز التصرف ، فان اودع طفل او معتوه انسانا وديعة ضمنها بقبضها ولا يزول الضمان عنه بردها اليه وانما يزول بدفعها الى وليه الناظر له فى ماله او الحاكم ، فان كان الصبي مميزاً صح ايداعه لما اذن له فى التصرف فيه لأنه كالبالغ بالنسبة الى ذلك فان اودع رجل عند صبي او معتوه وديعة فتلفت لم يضمنها سواء حفظها او فرط فى حفظها ، فان اتلفها او اكلها ضمنها فى قول القاضي وظاهر مذهب الشافعي ، ومن اصحابنا من قال لا ضمان عليه وهو قول ابي حنيفة ، لأنه سلطه على اتلافها بدفعها اليه فلا يلزمه ضمانها ، الا ترى انه لو دفع الى صغير سكينا فوقع عليها كان ضمانه على عاقلته ؟

ولنا ان ما ضمنه باتلافه قبل الايداع ضمنه بعد الايداع كالبالغ ، ولا يصح قولهم انه سلطه على اتلافها وانما استحفظه اياها ، وفارق دفع السكين فانه سبب للإتلاف ودفع الوديعة بخلافه .

(فصل) وان اودع عبداً وديعة خرج على الوجهين فى الصغير ، ان قلنا لا يضمن الصبي فأتلفها العبد كانت فى ذمته ، وان قلنا يضمن كانت فى رقبته .

(فصل) وان غصبت الوديعة من المودع قهراً فلا ضمان عليه سواء أخذت من يده أو أكره على تسليمها فسلمها بنفسه لأن الاكراه عذر لما يبيح له دفعها فلم يضمنها كما لو أخذت من يده قهراً .

(باب قسمة الفيء والغنيمة والصدقة)

الفيء : هو الراجع إلى المسلمين من مال الكفار بغير قتال ، يقال : فاء الفيء إذا رجع نحو المشرق ، والغنيمة ما أخذ منهم قهراً بالقتال واشتقاقها من الغنم وهو الفائدة وكل واحد منهما في الحقيقة فيء وغنيمة وإنما خص كل واحد منهما باسم ميز به عن الآخر . والاصل فيهما قول الله تعالى (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى) الآية وقوله سبحانه (واعلموا انما غنتم من شيء فأن لله خمسه) الآية .

« مسألة » قال (والاموال ثلاثة : فيء وغنيمة وصدقة)

يعني والله أعلم أن الأموال التي تليها الولاة من أموال المسلمين فإنها ثلاثة أقسام : قسمان يؤخذان من مال المشركين ، أحدهما : الفيء وهو ما أخذ من مال مشرك لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب كالذي تركوه فزعا من المسلمين وهربوا ، والجزية عشر أموال أهل دار الحرب إذا دخلوا الينا تجاراً ونصف عشر تجارات أهل الذمة وخراج الارضين ومال من مات من المشركين ولا وارث له والغنيمة ما أخذ بالقهر والقتال من الكفار .

والقسم الثالث الصدقة وهو ما أخذ من مال مسلم تطهيراً له وهو الزكاة وقد ذكرناها ، يروى أن عمر رضي الله عنه قرأ قوله تعالى (إنما الصدقات للفقراء والمساكين — حتى بلغ — عليم حكيم) ثم قال ، هذه لهؤلاء ثم قرأ (واعلموا انما غنمتم من شيء فأن لله خمسه — حتى بلغ — وابن السبيل) ثم قال : هذه لهؤلاء ثم قرأ (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى — حتى بلغ — والذين جاءوا من بعدهم) ثم قال . هذه استوعبت المسلمين عامة ولئن عشت ليأتين الراعي وهو بسرو حمير نصيبه منها لم يعرق به جبينه » .

(فصل) ولم تكن الغنائم تحل لمن مضى من الأمم وإنما علم الله ضعفنا

فطيبها لنا رحمة لنا ورأفة بنا وكرامة لنبينا صلى الله عليه وسلم ، روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « أعطيت خمسا لم يعطهن نبي قبلي — فذكر فيها — أحلت لي الغنائم » متفق عليه .

وقال سعيد حدثنا أبو معاوية عن الاعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لم تحل الغنائم لقوم سود الرءوس غيركم ، كانت تنزل نار من السماء فتأكلها » ثم كانت في أول الاسلام لرسول الله صلى الله عليه وسلم بدليل قول الله تعالى (يسألونك عن الانفال ؟ قل الانفال لله والرسول) ثم صار أربعة أخماسها للغانمين والخمس لغيرهم بدليل قوله تعالى (واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه) فاضاف الغنيمة اليهم وجعل الخمس لغيرهم ، فيدل ذلك على أن سائرها لهم ، وجرى ذلك مجرى قوله تعالى (وورثه أبواه فلأمه الثلث) أضاف ميراثه اليهما ثم جعل للأم منه الثلث فدل على أن الباقي للأب ، وقال تعالى (فكلوا مما غنمتم حلالا طيباً) فاحلها لهم .

« مسألة » قال (فالفيء ما أخذ من مال مشرك بحال ولم يوجف عليه بخيل ولا ركاب والغنيمة ما أوجف عليها)

الركاب : الابل خاصة . والايجاف أصله التحريك والمراد ههنا الحركة في السير اليه ، قال قتادة (فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب) ما قطعتم واديا ولا سيرتم اليها دابة إنما كانت حوائط بني النضير أطعمها الله رسول الله (ص) قال أبو عبيد : الايجاف الايضاع يعني الاسراع ، وقال الزجاج الوجيف دون التقريب من السير يقال وجف الفرس وأوجفت أنا قال الله تعالى (ما أفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب) فكل ما أخذ من مال مشرك بغير إيجاف مثل الأموال التي يتركونها فزعا من المسلمين ونحو ذلك هو فيء وما اجلب عليه المسلمون وساروا إليه وقاتلوهم عليه فهو غنيمة سواء أخذ عنوة أو استنزلوا أهله بأمان فإن النبي صلى الله عليه وسلم افتتح حصون خيبر بعضها عنوة وبعضها استنزل اهله بالامان فكانت غنيمة كلها .

« مسألة » قال (وخمس الفيء والغنيمة مقسوم على خمسة أسهم)

فى هذه المسألة فصول أربعة . أحدها : أن الفيء مخموس كما تخمس الغنيمة فى إحدى الروايتين ، وهو مذهب الشافعى ، والرواية الثانية : لا يخمس نقلها أبو طالب فقال : انما تخمس الغنيمة ، قال القاضى : لم أجد بما قال الخرقى من أن الفيء مخموس نصاً فأحكيه ، وإنما نص على أنه غير مخموس ، وهذا قول عامة أهل العلم قال ابن المنذر : ولا نحفظ عن أحد قبل الشافعى فى الفيء خمس كخمس الغنيمة ، وأخبار عمر تدل على ماقاله الشافعى ، ولأن الله تعالى قال (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى — إلى قوله — والذين جاءوا من بعدهم) الآية فجعله كله لهم ولم يذكر خمساً : ولما قرأ عمر هذه الآية قال « هذه استوعبت المسلمين » .

ووجه الاول قول الله تعالى (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كيلا يكون دولة بين الأغنياء منكم) فظاهر هذا أن جميعه لهؤلاء وهم أهل الخمس : وجاءت الأخبار عن عمر دالة على اشتراك جميع المسلمين فيه فوجب الجمع بينهما كيلا تتناقض الآية والأخبار وتتعارض ؛ وفى إيجاب الخمس فيه جمع بينهما وتوفيق ، فإن خمسه للذى سمى فى الآية وسائره ينصرف الى من فى الخبر كالغنيمة ، ولأنه مال مشترك مظهور عليه فوجب أن يخمس كالغنيمة والركاز ، وروى البراء بن عازب قال « لقيت خالى ومعه الراية قلت الى أين ؟ فقال بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم الى رجل عرس بإمرأة أبيه أن أضرب عنقه وأخمس ماله » .

(الفصل الثانى) أن الغنيمة مخموسة ولا اختلاف فى هذا بين أهل العلم بحمد الله وقد نطق به الكتاب العزيز فقال الله تعالى (واعلموا أنما غنمتم من شىء فأن لله خمسه) لكن اختلف فى أشياء : منها سلب القاتل وأكثر أهل العلم على أنه لا يخمس فإن عمر رضى الله عنه قال « كنا لا نخمس السلب » وقول النبى صلى الله عليه وسلم « من قتل قتيلا فله سلبه » يقتضى أنه له كله ولو خمس لم يكن جميعه له وعن أبى قتادة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نفله سلب رجل قتله يوم حنين ولم يخمس » رواه سعيد فى سننه ،

ومنها إذا قال الإمام من جاء بعشرة رءوس فله رأس ومن طلع الحصن فله كذا من النفل فالظاهر أن هذا غير مخموس لانه فى معنى السلب ، ومنها إذا قال الإمام من أخذ شيئا فهو له ، وقلنا يجوز ذلك فقد قيل لاخمس فيه لانه فى معنى الذى قبله ، والصحيح أن الخمس لا يسقط لأنه يدخل فى عموم الآية ولا يدخل فى معنى السلب والنفل لان ترك تخميسهما لا يسقط خمس الغنيمة بالكلية وهذا يسقطه فلا يكون تخصيصا بل نسخا لحكمها ونسخها بالقياس غير جائز اتفاقا ، ومنها إذا دخل قوم لامنعة لهم دار الحرب بغير اذن الامام فقد قيل ان ما غنموه لهم من غير أن يخمس ، والصحيح أنه يخمس ويدفع اليهم أربعة أخماسه لدخوله فى عموم الآية وعدم دليل يوجب تخصيصه .

(الفصل الثالث) أن الخمس مما يجب خمسه من الفيء والغنيمة شيء واحد فى مصرفهما وحكمهما ولا اختلاف فى هذا بين القائلين بوجوب الخمس فيهما فإن القائل بوجوب الخمس فى الفيء غير من قاله من أصحابنا الشافعى . وقد وافق على هذا فإنه قال فى الفيء والغنيمة يجتمعان فى أن فيهما الخمس لمن سماه الله تعالى يعنى فى سورة الأنفال فى قوله سبحانه وتعالى (واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه) الآية . وفى سورة الحشر فى قوله تعالى (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى) الاية . والمسمون فى الايتين شيء واحد .

(الفصل الرابع) أن الخمس يقسم الى خمسة أسهم ، وبهذا قال عطاء ومجاهد والشعبي والنخعى وقتادة وابن جريج والشافعى . وقيل يقسم على ستة . سهم لله وسهم لرسوله الظاهر قوله تعالى (واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل) فعد ستة وجعل الله تعالى لنفسه سهما سادسا وهو مردود على عباد الله أهل الحاجة .

وقال أبو العالية سهم الله عز وجل هو أنه اذا عزل الخمس ضرب بيده فما قبض عليه من شيء جعله للكعبة فهو الذى سمى لله لا تجعلوا له نصيبا فإن لله الدنيا والاخرة ثم يقسم بقية السهم الذى عزله على خمسة أسهم . وروى عن الحسن وقتادة فى سهم ذى القربى كانت طعمة لرسول الله (ص) فى حياته ، فلما توفى حمل عليه أبو بكر وعمر فى سبيل الله .

وروى ابن عباس ، أن أبا بكر وعمر قسما الخمس على ثلاثة أسهم ، ونحوه حكى عن الحسن بن محمد بن الحنفية ، وهو قول أصحاب الرأى ، قالوا يقسم الخمس على ثلاثة : اليتامى والمساكين وابن السبيل وأسقطوا سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بموته وسهم قرابته أيضا .

وقال مالك : الفىء والخمس واحد يجعلان فى بيت المال ، قال ابن القاسم وبلغنى عمن أثق به أن مالكا قال : يعطى الامام أقرباء رسول الله (ص) على ما يرى : وقال الثورى والحسن يضعه الإمام حيث أراه الله عز وجل .

ولنا قول الله تعالى (واعلموا أنما غنمتم من شىء فإن لله خمسه وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل) وسهم الله والرسول واحد ، كذا قال عطاء والشعبى ، وقال الحسن بن محمد بن الحنفية وغيره قوله (فإن لله خمسه) افتتاح كلام يعنى أن ذكر الله تعالى لافتتاح الكلام باسمه تبركا به لا لافراده بسهم فإن لله تعالى الدنيا والاخرة .

وقد روى عن ابن عمر وابن عباس قالا ، كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم الخمس على خمسة ، وما ذكره أبو العالية فشىء لايدل عليه رأى ولا يقتضيه قياس ولا يصار اليه الا بنص صحيح يجب التسليم له ولا نعلم فى ذلك أثراً صحيحا سوى قوله : فلا يترك ظاهر النص : وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم وفعله من أجل قول أبى العالية ، وما قاله أبو حنيفة فخالف لظاهر الاية ، فإن الله تعالى سمى لرسوله وقرابته شيئا وجعل لهما فى الخمس حقا كما سمى للثلاثة الاصناف الباقية فمن خالف ذلك فقد خالف نص الكتاب .

وأما حمل أبى بكر وعمر رضى الله عنهما على سهم ذى القربى فى سبيل الله فقد ذكر لأحمد فسكت وحرك رأسه ولم يذهب اليه ، ورأى أن قول ابن عباس ومن وافقه أولى لموافقته كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم فإن ابن عباس لما سئل عن سهم ذى القربى قال ، إنا كنا نزعم أنه لنا فأبى ذلك علينا قومنا ، ولعله أراد بقوله أبى ذلك علينا قومنا فعل أبى بكر وعمر رضى الله عنهما فى حملهما عليه فى سبيل الله ومن تبعهما على ذلك .

ومتى اختلف الصحابة وكان قول بعضهم يوافق الكتاب والسنة كان أولى ،

وقول ابن عباس موافق للكتاب والسنة . فإن جبير بن مطعم روى ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقسم لبنى عبد شمس ولا بنى نوفل من الخمس شيئا كما كان يقسم لبنى هاشم ولبنى المطلب ، وأن أبا بكر كان يقسم الخمس نحو قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، غير أنه لم يكن يعطى قربى رسول الله صلى الله عليه وسلم كما كان يعطيهم . وكان عمر يعطيهم وعثمان من بعده ، رواه أحمد فى مسنده .

وقد تكلم فى رواية ابن عبـــاس عن أبى بكر وعمر ، أنهما حملا على سهم ذى القربى فى سبيل الله ، فقيل أنه يرويه محمد بن مروان وهو ضعيف عن الكلبى وهو ضعيف أيضاً ، ولا يصح عند أهل النقل. فإن قالوا فالنبى صلى الله عليه وسلم ليس بباق فكيف يبقى سهمه ؟ قلنا جهة صرفه الى النبى صلى الله عليه وسلم مصلحة المسلمين والمصالح باقية ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ما يحل لى مما أفاء الله عليكم ولا مثل هذه ، إلا الخمس ، وهو مردود عليكم ، رواه سعيد .

، مسألة ، قال (وسهم لرسول الله صلى الله عليه وسلم يصرف فى الكراع والسلاح ومصالح المسلمين)

وهذا قول الشافعى . فإنه قال : أختار أن يضعه الإمام فى كل أمر حصن به الاسلام وأهله من سد ثغر وإعداد كراع أو سلاح أو إعطائه أهل البلاء فى الاسلام نفلا عند الحرب وغير الحرب . وهذا نحو ما قال الخرقى وهذا السهم كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم من الغنيمة حضر أو لم يحضر ، كما أن سهم بقية أصحاب الخمس لهم حضروا أو لم يحضروا . وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصنع به ماشاء فلما توفى وليه أبو بكر ولم يسقط بموته ، وقد قيل إنما أضافه الله تعالى إلى نفسه وإلى رسوله ليعلم أن جهته جهة المصلحة وأنه ليس بمختص بالنبى صلى الله عليه وسلم فيسقط بموته .

وزعم قوم أنه سقط بموته ويرد على أنصباء الباقين من أهل الخمس لأنهم شركاؤه : وقال آخرون : بل يرد على الغانمين لأنهم استحقوها بقتالهم وخرجت منها سهام ، منها سهم النبى صلى الله عليه وسلم مادام حيا ، فإذا مات وجب رده إلى من

وجد سبب الاستحقاق فيه ، كما أن تركة الميت إذا خرج منها سهم بوصية ثم بطلت الوصية رد الى التركة .

وقالت طائفة : هو للخليفة بعده لأن أبا بكر روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا أطعم الله نبيا طعمة ثم قبضه فهو للذي يقوم بها من بعده » وقد رأيت أن أرده على المسلمين . والصحيح أنه باق وأنه يصرف في مصالح المسلمين لكن الإمام يقوم مقام النبي صلى الله عليه وسلم في صرفه فيما يرى . فان أبا بكر قال « لا أدع أمراً رأيت رسول الله (ص) يصنعه فيه إلا صنعته » متفق عليه .

وروى عن الحسن بن محمد بن الحنيفة أنه قال . اختلفوا في هذين السهمين ، يعني سهم الرسول صلى الله عليه وسلم وسهم ذى القربى ، فأجمع رأيهم على أن يجعلوهما في الخيل والعدة في سبيل الله . فكان في خلافه أبي بكر وعمر في الخيل والعدة في سبيل الله .

(فصل) وكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم من المغنم الصفي ، وهو شيء يختاره من المغنم قبل القسمة كالجارية والعبد والثوب والسيف ونحوه . وهذا قول محمد ابن سيرين والشعبي وقتاده وغيرهم من أهل العلم . وقال أكثرهم إن ذلك انقطع بموت النبي صلى الله عليه وسلم .

قال أحمد : الصفي إنما كان للنبي صلى الله عليه وسلم خاصة لم يبق بعده ، ولا نعلم مخالفا لهذا الا أبا ثور فانه قال . إن كان الصفي ثابتا للنبي صلى الله عليه وسلم فللامام أن يأخذه على نحو ما كان يأخذه النبي (ص) ويجعله مجعل سهم النبى من خمس الخمس ، لجمع بين الشك فيه في حياة النبى (ص) ومخالفة الاجماع في إبقائه بعد موته .

قال ابن المنذر : لا أعلم أحداً سبق ابا ثور الى هذا القول ، وقد أنكر قوم كون الصفي للنبي صلى الله عليه وسلم ، واحتجوا بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان رسول الله (ص) رفع وبرة من ظهر بعيره فقال : « ما يحل لى مما أفاء الله عليكم ولا مثل هذه الا الخمس ؛ وهو مردود عليكم » رواه سعيد ، ورواه ابو داود بإسناده عن ابي أمامة عن النبي صلى الله عليه وسلم ، ولأن الله تعالى

قال (واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه) فمفهومه أن باقيها للغانمين .

ولنا ما روى أبو داود بإسناده ، أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى بني زهير ابن قيس : إنكم إن شهدتم أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله وأديتم الزكاة وأديتم الخمس من المغنم وسهم الصفي إنكم آمنون بأمان الله ورسوله ، وفي حديث وفد عبد القيس الذي رواه ابن عباس ، وأن يعطوا سهم النبي صلى الله عليه وسلم والصفي ، وقالت عائشة ، كانت صفية من الصفي ، رواه أبو داود . وأما انقطاعه بعد النبي (ص) فثابت بإجماع الأمة قبل أبي ثور وبعده عليه . وكون ابي بكر وعمر وعثمان ومن بعدهم لم يأخذوه ولا ذكره أحد منهم ولا يجمعون على ترك سنة النبي صلى الله عليه وسلم .

« مسألة » قال (وخمس مقسوم في صلبية بني هاشم وبني المطلب ابني عبد مناف حيث كانوا للذكر مثل حظ الأنثيين)

يعني بقوله « في صلبية بني هاشم » أولاده دون من يعد معهم من مواليهم وحلفائهم . وفي هذه المسألة فصول خمسة .

أحدها أن سهم ذي القربى ثابت بعد موت النبي صلى الله عليه وسلم وقد مضى ذكر ذلك والخلاف فيه ، وقد ذكرهم الله تعالى في كتابه من ذوي السهام . وثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يعطيهم . فروى جبير بن مطعم قال « وضع رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذي القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس » وذكر الحديث رواه أبو داود ، ولم يأت لذلك نسخ ولا تغيير ، فوجب القول به والعمل بحكمه

قال أحمد : حدثنا وكيع حدثنا ابو معشر عن المقبري قال « كتب نجدة الى ابن عباس يسأله عن سهم ذي القربى ؟ فكتب ابن عباس : إنا كنا نزعم أنه لنا فأبى ذلك علينا قومنا »

قال أحمد : أنا أذهب إلى أنه لقرابة النبي صلى الله عليه وسلم على ما قال ابن عباس « هو لنا »

الفصل الثانى : ان ذا القربى هم بنو هاشم وبنو المطلب ابنى عبد مناف دون غيرهم ، بدليل ما روى جبير بن مطعم قال « لما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذى القربى من خيبر بين بنى هاشم وبنى المطلب . أتيت أنا وعثمان بن عفان رسول الله (ص) فقلنا : يا رسول الله . أما بنو هاشم فلا ننكر فضلهم لمكانك الذى وضعك الله به منهم ، فما بال إخواننا من بنى المطلب أعطيتهم وتركتنا ؟ وإنما نحن وهم منك بمنزلة واحدة ؟ فقال : إنهم لم يفارقونى فى جاهلية ولا إسلام ، وإنما بنو هاشم وبنو المطلب شىء واحد ، وشبك بين أصابعه» وفى رواية « انهم لم يفارقونا فى جاهلية ولا إسلام » رواه احمد والبخارى ، فرعا لهم النبى (ص) نصرتهم وموافقتهم بنى هاشم .

ومن كانت أمه منهم وأبوه من غيرهم لم يستحق شيئا . لأن النبى (ص) لم يدفع الى أقارب أمه وهم بنو زهرة شيئا ، وإنما دفع الى أقارب أبيه ، ولو دفع الى أقارب أمه لدفع الى بنى زهرة . وخبر جبير يدل على انه لم يعطهم شيئا ولم يدفع أيضا الى بنى عماته ، وهم الزبير بن العوام وعبد الله والمهاجر ابنا ابى أمية وبنو جحش .

الفصل الثالث : انه يشترك فيه الذكر والأنثى لدخولهم فى اسم القرابه ، واختلفت الرواية فى قسمته بينهم : فعن احمد انه يقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وهو اختيار الخرقى ومذهب الشافعى ، لأنه سهم استحق بقرابة الاب شرعا ففضل فيه الذكر على الأنثى كالميراث ، ويفارق الوصية وميراث ولد الام . فان الوصية استحقت بقول الموصى ، وميراث ولد الام استحق بقرابة الام .

والرواية الثانية . يسوى بين الذكر والانثى ، وهو قول ابى ثور والمزنى وابن المنذر لأنهم أعطوا باسم القرابة والذكر والانثى فيها سواء ، فأشبه مالو وصى لقرابة فلان أو وقف عليهم ، ألا ترى ان الجد يأخذ مع الاب ، وابن الابن يأخذ مع الابن ، وهذا يدل على مخالفة المواريث ، ولانه سهم من خمس الخمس لجماعة فيستوى فيه الذكر والانثى كسائر سهامه ، ويسوى بين الصغير والكبير على الروايتين لاستوائهم فى القرابة فأشبه الميراث

الفصل الرابع : أنه يفرق بينهم حيث كانوا من الأمصار ، ويجب تعميمهم به حسب الامكان ، وهذا قول الشافعي

وقال بعضهم : يخص أهل كل ناحية بخمس مغزاها الذى ليس لهم مغزى سواه ، فما يؤخذ من مغزى الروم لأهل الشام والعراق ، وما يؤخذ من مغزى الترك لمن فى خراسان من ذوى القربى لما يلحق من المشقة فى نقله من المشرق الى المغرب ، ولأنه يتعذر تعميمهم به فلم يجب كسائر أهل السهم . ووجه الأول أنه سهم مستحق بقرابة الاب فوجب دفعه إلى جميع المستحقين كالميراث ، فعلى هذا يبعث الامام الى عماله فى الاقاليم وينظر كم حصل من ذلك ؟ فإن استوت فيه فرق كل خمس فيمن قاربه . وإن اختلفت أمر بحمل الفضل ليدفع الى مستحقه كالميراث وفارق الصدقه حيث لا تنقل لأن كل بلد لا يكاد يخلو من صدقة تفرق على فقراء أهله . والخمس يؤخذ فى بعض الأقاليم . فلو لم ينقل لأدى إلى إعطاء البعض وحرمان البعض . والصحيح إن شاء الله أنه لا يجب التعميم لانه يتعذر فلم يجب كتعميم المساكين، وماذكر من بعث الامام عماله وسعاته فهو متعذر فى زماننا . لأن الامام لم يبق له حكم إلا فى قليل من بلاد الاسلام ولم يبق له جهة فى الغزو ولا له فيه أمر ولان هذا سهم من سهام الخمس فلم يجب تعميمه كسائر سهامه . فعلى هذا يفرقه كل سلطان فيما أمكن من بلاده .

الفصل الخامس : أن غنيهم وفقيرهم فيه سواء . وهذا قول الشافعي وأبي ثور وقيل : لا حق فيه لغنى قياساً له على بقية السهام .

ولنا عموم قوله تعالى (ولذى القربى) وهذا عام لا يجوز تخصيصه بغير دليل . ولأن النبي (ص) كان يعطى أقاربه كلهم وفيهم الاغنياء كالعباس وغيره . ولم ينقل تخصيص الفقراء منهم ، وقد روى الامام أحمد فى مسنده « أن النبي (ص) أعطى الزبير سهماً وأمه سهماً وفرسه سهمين » وإنما أعطى أمه من سهم ذى القربى وقد كانت موسرة ولها موال ومال ، ولانه مال مستحق بالقرابة فاستوى فيه الغنى والفقير كالميراث والوصية للأقارب ، ولان عثمان وجبيراً طلبا حقهما منه وسألا عن علة منعهما ومنع قرابتهما وهما موسران ، فعلله النبي صلى الله عليه وسلم بنصرة بنى المطلب دونهم وكونهم مع بنى هاشم كالشيء الواحد ،

ولو كان اليسار مانعا والفقر شرطا لم يطلبا مع عدمه ، ولعلل النبى (ص) منعهما بيسارهما وانتفاء فقرهما .

« مسألة » قال (والخمس الثالث لليتامى)

وهم الذين لا آباء لهم ولم يبلغوا الحلم ، فإن النبى (ص) قال « لا يتم بعد إحتلام » قال بعض أصحابنا . لا يستحقون الا مع الفقر ، وهو المشهور من مذهب الشافعى ، لأن ذا الاب لا يستحق والمال أنفع من وجود الاب ، ولانه صرف اليهم لحاجتهم ، فإن اسم اليتم يطلق عليهم فى العرف للرحمة . ومن كان إعطاؤه لذلك اعتبرت الحاجة فيه ، وفارق ذوى القربى فإنهم استحقوا لقربهم من رسول الله (ص) تكرمة لهم ، والغنى والفقير فى القرب سواء فاستويا فى الاستحقاق ، ولم أعلم هذا نصا عن احد ، وعموم الآية يقتضى تعميمهم .

وقال بعض أصحاب الشافعى : له قول آخر ، انه للغنى والفقير لعموم النص فى كل يتيم وقياسا له على سهم ذى القربى ، ولانه لو خص به الفقير لكان داخلا فى جملة المساكين الذين هم أصحاب السهم الرابع ، فكان يستغنى عن ذكرهم وتسميتهم

قال أصحابنا : ويفرق على الايتام فى جميع الاقطار ولا يخص به أهل ذلك المغزى ، والقول فيه كالقول فى سهم ذى القربى ، وقد تقدم القول فيه

« مسألة » قال (والخمس الرابع للمساكين)

وهم أهل الحاجة ويدخل فيهم الفقراء ، والفقراء والمساكين صنفان فى الزكاة وصنف واحد ههنا وفى سائر الاحكام ، وانما يقع التمييز بينهما اذا جمع بينهما بلفظين ولم يرد ذلك إلا فى الزكاة ، وسنذكرهم فى أصنافها . قال أصحابنا : ويعم بها جميعهم فى جميع البلاد كقولهم فى سهم ذى القربى واليتامى ، وقد تقدم قولنا فى ذلك

« مسألة » قال (والخمس الخامس لابن السبيل)

وسنذكره أيضا فى أصناف الصدقة ، ويعطى كل واحد منهم قدر ما يوصله الى بلده ، لأن دفعنا اليه لأجل الحاجة فأعطى بقدرها ، فإن اجتمع فى واحد أسبابه كالمسكين اذا كان يتيما وابن سبيل استحق بكل واحد منهما لأنها أسباب

لأحكام ، فوجب أن تثبت أحكامها كما لو انفردت . فإن أعطاه ليُتمه فزال فقره لم يعط لفقره شيئا .

« مسألة » قال (وأربعة أخماس الفيء لجميع المسلمين غنيهم وفقيرهم فيه سواء الا العبيد)

لا نعلم خلافا بين أهل العلم اليوم فى أن العبيد لا حق لهم فى الفيء ، وظاهر كلام أحمد والخرقى أن سائر الناس لهم حق فى الفيء غنيهم وفقيرهم . ذكر أحمد الفيء فقال فيه حق لكل المسلمين وهو بين الغنى والفقير . وقال عمر رضى الله عنه « ما من أحد من المسلمين الا له فى هذا المال نصيب الا العبيد فليس لهم فيه شيء » وقرأ عمر (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى - حتى بلغ - والذين جاءوا من من بعدهم) ثم قال : هذه استوعبت المسلمين عامة ولئن عشت ليأتين الراعى بسرو حير نصيبه منها لم يعرق فيها جبينه ، ولأنه مال مخموس فلم يختص به من فيه منفعة كأربعة أخماس الغنيمة .

وذكر القاضى أن أهل الفيء هم أهل الجهاد من المرابطين فى الثغور وجند المسلمين ومن يقوم بمصالحهم لأن ذلك كان للنبى صلى الله عليه وسلم فى حياته لحصول النصرة والمصلحة به فلما مات صارت للجند ومن يحتاج اليه المسلمون فصار ذلك لهم دون غيرهم ، وأما الأعراب ونحوهم ممن لا يعد نفسه للجهاد فلا حق لهم فيه ، والذين يغزون اذا نشطوا يعطون من سهم سبيل الله من الصدقة ، قال ومعنى كلام أحمد : أنه بين الغنى والفقير ، يعنى الغنى الذى فيه مصلحة المسلمين من المجاهدين والقضاة والفقهاء ، ويحتمل أن يكون معنى كلامه : أن لجميع المسلمين الانتفاع بذلك المال لكونه يصرف الى من يعود نفعه على جميع المسلمين ، وكذلك ينتفعون بالعبور على القناطر والجسور المعقودة بذلك المال وبالأنهار والطرقات التى أصلحت به .

وسياق كلامه يدل على أنه ليس مختصا بالجند وانما هو مصروف فى مصالح المسلمين لكن يبدأ بجند المسلمين لانهم أهم المصالح لكونهم يحفظون المسلمين فيعطون كفاياتهم فما فضل قدم الاهم فالاهم من عمارة الثغور وكفايتها فالاسلحة

والكراع وما يحتاج اليه ثم الاهم فالاهم من عمارة المساجد والقناطر واصلاح الطرق وكراء الانهار وسد بثوقها وأرزاق القضاة والائمة والمؤذنين والفقهاء ونحو ذلك مما للمسلمين فيه نفع ، وللشافعى قولان كنحو مما ذكرناه .

واحتجوا على أن أربعة أخماس الفىء كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم فى حياته بما روى مالك ابن أوس بن الحدثان قال « سمعت عمر بن الخطاب والعباس وعلى يختصمان اليه فى أموال النبى صلى الله عليه وسلم فقال عمر : كانت أموال بنى النضير مما أفاء الله على رسوله مما لم يوجف المسلمون عليه بخيل ولا ركاب ، وكان لرسول الله (ص) خالصا دون المسلمين وكان رسول الله (ص) ينفق منها على أهله نفقة سنته ، فما فضل جعله فى الكراع والسلاح .

ثم توفى رسول الله صلى الله عليه وسلم فوليها أبو بكر بمثل ما وليها رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وليتها بمثل ما وليها رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر » متفق عليه ، الا أن فيه يجعل ما بقى أسوة المال وظاهر أخبار عمر تدل على أن لجميع المسلمين فى الفىء حقا فانه لما قرأ الآية التى فى سورة الحشر قال « هذه الآية استوعبت المسلمين » وجعل للراعى بسرو حير منه نصيبا وقال « ما أحد الا له فى هذا المال نصيب » .

وأما أموال بنى النضير فيحتمل أن النبى صلى الله عليه وسلم كان ينفق منه على أهله لان ذلك من أهم المصالح فبدأ بهم ثم جعل باقيه أسوة المال ، ويحتمل أن تكون أموال بنى النضير اختص بها النبى (ص) من الفىء وترك سائره لمن سمى فى الآية وهذا مبين فى قول عمر « وكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم خالصا دون المسلمين » .

(فصل) واختلف الخلفاء الراشدون رضى الله عنهم فى قسم الفىء بين أهله ، فذهب أبو بكر الصديق رضى الله عنه الى التسوية بينهم فيه وهو المشهور عن على رضى الله عنه فروى أن أبا بكر رضى الله عنه « سوى بين الناس فى العطاء وأدخل فيه العبيد فقال له عمر . يا خليفة رسول الله ، أتجعل الذين جاهدوا فى سبيل الله بأموالهم وأنفسهم وهجروا ديارهم له كمن انما دخلوا فى الاسلام كرها ؟ فقال أبو بكر انما عملوا لله وانما أجورهم على الله وانما الدنيا بلاغ ، فلما ولى عمر رضى الله عنه

فاضل بينهم وأخرج العبيد فلما ولى على سوى بينهم وأخرج العبيد ، وذكر عن عثمان أنه فضل بينهم فى القسمة . فعلى هذا يكون مذهب اثنين منهم أبى بكر وعلى التسوية ومذهب اثنين عمر وعثمان التفضيل . وروى عن أحمد رحمة الله عليه أنه أجاز الأمرين جميعا على ما يراه الامام ويؤدى اجتهاده إليه . فروى عن الحسن ابن على بن الحسن أنه قال : للإمام أن يفضل قوما على قوم . وقال أبو بكر اختيار أبى عبد الله أن لا يفضلوا وهذا اختيار الشافعى . وقال أبى رأيت قسم الله المواريث على العدد بكون الاخوة متفاضلين فى الغناء عن الميت والصلة فى الحياة والحفظ بعد الموت فلا يفضلون .

وقسم رسول الله صلى الله عليه وسلم من الأربعة الأخماس على العدد ومنهم من يعطى غاية الغناء ويكون الفتح على يديه . ومنهم من يكون محضره إما غير نافع وإما ضرر بالجبن والهزيمة ، وذلك أنهم استووا فى سبب الاستحقاق . وهو انتصابهم للجهاد فصاروا كالغانمين ، والصحيح إن شاء الله أن ذلك مفوض إلى اجتهاد الإمام يفعل ما يراه من تسوية وتفضيل لان النبى (ص) كان يعطى الانفال فيفضل قوما على قوم على قدر غنائهم ، وهذا فى معناه . والمشهور عن عمر رضى الله عنه : أنه حين كثر عنده المال فرض للسلمين أعطياتهم ففرض للمهاجرين من أهل بدر خمسة آلاف . وللأنصار من أهل بدر أربعة آلاف أربعة آلاف ، وفرض لاهل الحديبية ثلاثة آلاف ثلاثة آلاف ولاهل الفتح ألفين . وقال بمن أبدأ ؟ قيل له : بنفسك قال لا ولكن أبدأ بقرابة رسول الله (ص) ، فبدأ ببنى هاشم ثم بنى المطلب ، لقول رسول الله (ص) ، انما بنو هاشم وبنو المطلب شىء واحد ، ثم ببنى عبد شمس لانه أخو هاشم لابويه ، ثم ببنى نوفل لانه أخوهما لابيها ، ثم الاقرب فالاقرب .

قال أصحابنا : ينبغى أن يتخذ الامام ديوانا وهو دفتر فيه أسماء أهل الديوان وذكر أعطياتهم ويجعل لكل قبيلة عريفا ، فقد روى الزهرى ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عرف عام حنين على كل عشرة عريفا ، وإذا أراد إعطاءهم بدأ بقرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما روى عن عمر رضى الله عنه ويقدم الاقرب فالاقرب ويقدم بنى عبد العزى على بنى عبد الدار لان فيهم أصهار رسول الله

صلى الله عليه وسلم ، ولان خديجة منهم حتى تنقضى قريش وهم بنو النضر بن كنانة ثم من بعد قريش الانصار ثم سائر العرب ثم العجم والموالى ثم تفرض الارزاق لمن يحتاج المسلمون إليهم من القضاة والمؤذنين والائمة والفقهاء والقراء والبرد والعيون ، ومن لا غنى للمسلمين عنه ثم فى إصلاح الحصون والكراع والسلاح ثم بمصالح المسلمين من بناء القناطر والجسور وإصلاح الطرق وكرى الانهار وسد بثوقها وعمارة المساجد ثم ما فضل قسمه على سائر المسلمين ويخص ذا الحاجة .

فصل

قال القاضى : ويعرف قدر حاجتهم ، يعنى أهل العطاء وكفايتهم ويزداد ذو الولد من أجل ولده ، وذو الفرس من أجل فرسه . وان كان له عبيد لمصالح الحرب حسب مؤونتهم فى كفايته ، وان كانوا لزينة أو تجارة لم يدخلوا فى مؤونته ، وينظر فى أسعارهم فى بلدانهم لان أسعار البلدان تختلف والغرض الكفاية ، ولهذا تعتبر الذرية والولد فيختلف عطاؤهم لاختلاف ذلك ، وان كانوا سواء فى الكفاية لا يفضل بعضهم على بعض وانما تتفاضل كفايتهم ويعطون قدر كفايتهم فى كل عام مرة ، وهذا والله أعلم على قول من رأى التسوية ، فأما من يرى التفضيل فانه يفضل أهل السوابق والغنى فى الإسلام على غيرهم بحسب ما يراه كما أن عمر فضل أهل السوابق فقسم لقوم خمسة آلاف ولآخرين أربعة آلاف ولاخرين ثلاثة آلاف ولاخرين ألفين ألفين ولم يقدر ذلك بالكفاية .

(فصل) والعطاء الواجب لا يكون الا لبالغ يطيق مثله القتال ، ويكون عاقلا حرا بصيرا صحيحا ليس به مرض يمنعه القتال فإن مرض الصحيح مرضا غير مرجو الزوال كالزمانة ونحوها خرج من المقاتلة وسقط سهمه ، وان كان مرضا مرجو الزوال كالحمى والصداع والبرسام لم يسقط عطاؤه لانه فى حكم الصحيح الا ترى أنه لا يستنيب فى الحج كالصحيح ؟ وان مات بعد حلول وقت العطاء دفع حقه الى ورثته ، ومن مات من أجناد المسلمين دفع الى زوجته وأولاده الصغار قدر كفايتهم لانه لو لم تعط ذريته بعده لم يجرد نفسه للقتال لانه يخاف على ذريته الضياع فإذا علم أنهم يكفون بعد موته سهل عليه ذلك ، ولهذا قال أبو خالد القنانى :

لقد زاد الحياة الىّ حبا　　بناتى انهن من الضعاف
مخافة أن يرين الفقر بعدى　　وأن يشربن رنقا بعد صاف
وأن يعرين ان كسى الجوارى　　فتنبوا العين عن كوم عجاف
ولولا ذاك قد سومت مهرى　　وفى الرحمن للضعفاء كاف

واذا بلغ ذكور أولادهم واختاروا أن يكونوا فى المقاتلة فرض لهم وان لم يختاروا تركوا ومن خرج من المقاتلة سقط حقه من العطاء .

« مسألة » قال (وأربعة أخماس الغنيمة لمن شهد الوقعة ، للراجل سهم والفارس ثلاثة أسهم ، الا أن يكون الفارس على هجين فيكون له سهمان ، سهم له وسهم لهجينه)

أجمع أهل العلم على أن أربعة أخماس الغنيمة للغانمين وقوله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شيء فأن لله خمسه) يفهم منه أن أربعة أخماسها لهم لانه أضافها اليهم ثم أخذ منها سهما لغيرهم فبقى سائرها لهم كقوله تعالى (وورثه أبواه فلأمه الثلث) وقال عمر رضى الله عنه « الغنيمة لمن شهد الوقعة » وذهب جهور أهل العلم الى أن للراجل سهما ، وللفارس ثلاثة أسهم .

وقال أبو حنيفة للفارس سهمان وخالفه أصحابه فوافقوا سائر العلماء ، وقد ثبت عن ابن عمر « أن النبي صلى الله عليه وسلم أسهم للفارس ثلاثة أسهم : سهم له وسهمان لفرسه » متفق عليه ، وقال خالد الحذاء : انه لا يختلف فيه عن النبي (ص) « أنه أسهم للفرس سهمين ولصاحبه سهما وللراجل سهما » والهجين من الخيل هو الذى أبوه عربى وأمه غير عربية ، والمقرف عكس ذلك ، وهو الذى أبوه غير عربى وأمه عربية ، ومنه قول هند بنت النعمان بن بشير :

وما هند الا مهرة عربية　　سليلة أفراس تحللها بغل
فان ولدت مهرا كريما فبالحرى　　وان يك اقراف فما أنجب الفحل

وأراد الخرقى بالهجين ههنا ما عدا العربى من الخيل من البراذين وغيرها ، وقد روى عن أحمد رحمه الله رواية أخرى : أن البراذين اذا أدركت مثل العراب فلها مثل سهمها .

وذكر القاضي رواية أخرى فيما عدا العراب من الخيل لا يسهم لها وفي هذه المسألة اختلاف كثير وأدلة على كل قول أخرنا ذكرها الى باب الجهاد؛ فإن المسألة مذكورة فيه وهو أليق بها إن شاء الله تعالى.

« مسألة » قال (والصدقة لا يجاوز بها الثمانية الأصناف التي سمى الله عز وجل)

يعني قول الله تعالى (إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم) وروى « أن رجلا قال: يا رسول الله أعطني من هذه الصدقات فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم، ان الله لم يرض بحكم نبي ولا غيره في الصدقات حتى حكم فيها فجزأها ثمانيه أجزاء فإن كنت من تلك الأجزاء أعطيتك حقك » والمراد بالصدقه ههنا الزكاة المفروضة دون غيرها من صدقة التطوع والكفارات والنذور والوصايا، ولا نعلم خلافا بين أهل العلم في أنه لا يجوز دفع الزكاة الى غير هذه الأصناف الا ما روى عن عطاء والحسن أنهما قالا: ما أعطيت في الجسور والطرق فهي صدقة ماضيه، والاول أصح وذلك لأن الله تعالى قال (إنما الصدقات) و « إنما » للحصر تثبت المذكور وتنفي ما عداه لأنها مركبة من حرفي نفي وإثبات فجرى مجرى قوله تعالى (انما الله إله واحد) أي لا إله الا الله وقوله تعالى (إنما أنت منذر) أي ما أنت إلا نذير، وقول النبي صلى الله عليه وسلم « إنما الولاء لمن أعتق »:

« مسألة » قال (الفقراء وهم الزمنى والمكافيف الذين لا حرفة لهم والحرفة الصناعة ولا يملكون خمسين درهما ولا قيمتها من الذهب، والمساكين وهم السؤال وغير السؤال ومن لهم الحرفه الا أنهم لا يملكون خمسين درهما ولا قيمتها من الذهب)

الفقراء والمساكين صنفان في الزكاة وصنف واحد في سائر الأحكام لأن كل واحد من الاسمين ينطلق عليهما، فأما إذا جمع بين الأسمين وميز بين المسميين تميزاً وكلاهما يشعر بالحاجة والفاقه وعدم الغنى الا أن الفقير أشد حاجة من المسكين من قبل أن الله تعالى بدأ به وإنما يبدأ بالأهم فالاهم: وبهذا قال الشافعي والاصمعي

وذهب أبو حنيفة الى أن المسكين أشد حاجة وبه قال الفراء وثعلب وابن قتيبة لقول الله تعالى (أو مسكينا ذا متربة) وهو المطروح على التراب لشدة حاجته وأنشدوا

أما الفقير الذى كانت حلوبته وفق العيال فلم يترك له سبد

فأخبر أن الفقير حلوبته وفق عياله .

ولنا أن الله تعالى بدأ بالفقراء فيدل على أنهم أهم ، وقال تعالى (أما السفينة فكانت لمساكين يعملون فى البحر) فأخبر أن المساكين لهم سفينة يعملون بها ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « اللهم أحيني مسكينا وأمتني مسكينا واحشرني فى زمرة المساكين وكان يستعيذ من الفقر . ولا يجوز ان يسأل الله تعالى شدة الحاجة ويستعيذ من حالة اصلح منها ، ولأن الفقر مشتق من فقر الظهر فعيل بمعنى مفعول أى مفقور ، وهو الذى يرعب فقره ظهره فانقطع صاحبه ، قال الشاعر :

لما رأى لبد النسور تطايرت رفع القوادم كالفقير الأعزل

أى لم يطق الطيران كالذى انقطع صلبه ، والمسكين مفعيل من السكون وهو الذى اسكنته الحاجة ومن كسر صلبه اشد حالا من الساكن ، فأما الآية فهى حجة لنا فإن نعت الله تعالى للمسكين بكونه ذا متربه يدل على ان هذا النعت لا يستحقه باطلاق اسم المسكنة ، كما يقال ثوب ذو علم ويجوز التعبير بالمسكين عن الفقير بقرينة وبغير قرينة ، والشعر ايضا حجة لنا فإنه اخبر ان الذى كانت حلوبته وفق العيال لم يترك لهم سبد فصار فقيراً لا شيء له ، إذا تقرر هذا فالفقير الذى لا يقدر على كسب ما يقع موقعا من كفايته ولا له من الاجرة او من المال الدائم ما يقع موقعا من كفايته ولا له خمسون درهما ولا قيمتها من الذهب مثل الزمنى والمكافيف وهم العميان سموا بذلك لكف ابصارهم لأن هؤلاء فى الغالب لا يقدرون على اكتساب ما يقع موقعا من كفايتهم ، وربما لا يقدرون على شيء اصلا قال الله تعالى (للفقراء الذين احصروا فى سبيل الله لا يستطيعون ضربا فى الأرض يحسبهم الجاهل اغنياء من التعفف تعرفهم بسيماهم لا يسألون الناس إلحافا) ومعنى قولهم يقع موقعا من كفايتهم : أنه يحصل به معظم الكفاية أو نصف الكفاية مثل من يكفيه عشرة فيحصل له من مكسبه او غيره خمسة

فما زاد ، والذى لا يحصل له إلا ما لا يقع موقعا من كفايته كالذى لا يحصل له إلا ثلاثة أو دونها فهذا هو الفقير ، والأول هو المسكين فيعطى كل واحد منهما ما يتم به كفايته وتنسد به حاجته لأن المقصود دفعها وإغناء صاحبها ولا يحصل إلا بذلك والذى يسأل ويحصل الكفاية أو معظمها من مسئلته فهو من المساكين لكنه يعطى جميع كفايته ويغنى عن السؤال .

فإن قيل : فقد قال النبى صلى الله عليه وسلم « ليس المسكين بالطواف الذى ترده اللقمة واللقمتان ولكن المسكين الذى لا يسأل الناس ولا يفطن له فيتصدق عليه » قلنا . هذا تجوز وإنما نفى المسكنة عنه مع وجودها فيه حقيقة مبالغة فى إثباتها فى الذى لا يسأل الناس كما قال عليه السلام « ليس الشديد بالصرعة وإنما الشديد الذى يغلب نفسه عند الغضب » وقال « ما تعدون الرقوب فيكم ؟ قالوا الذى لا يعيش له ولد . قال لا ولكن الرقوب الذى لم يقدم من ولده شيئا » وقال « ما تعدون المفلس فيكم ؟ قالوا الذى لا درهم له ولا متاع قال : لا ، ولكن المفلس الذى يأتى يوم القيامة بحسنات أمثال الجبال ويأتى وقد ظلم هذا ولطم هذا ، وأخذ من عرض هذا فيأخذ هذا من حسناته وهذا من حسناته حتى إذا نفدت حسناته أخذ من سيئاتهم فطرحت عليه ثم يصك له صك الى النار » .

(فصل) ومن كان ذا مكسب يغنى به نفسه وعياله ان كان له عيال أو كان له قدر كفايته فى كل يوم من أجر عقار أو غلة مملوك أو سائمة فهو غنى لا حق له فى الزكاة وبهذا قال ابن عمر والشافعى .

وقال أبو حنيفة : إن لم يملك نصابا فله الأخذ منها لقول النبى صلى الله عليه وسلم « أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد فى فقرائهم » فجعل الغنى من تؤخذ منه الصدقة ولا تؤخذ إلا من النصاب ولان هذا لا يملك نصابا ولا قيمته فجاز له الاخذ كالذى لا كفاية له .

ولنا ما روى عبد الله بن عدى بن الخيار « أن رجلين أتيا رسول الله (ص) وهو يقسم الصدقة فسألاه شيئا منها ، فصعد بصره فيهما وقال لهما . ان شئتما أعطيتكما منها ولا حظ فيها لغنى ولا لقوى مكتسب » رواه أبو داود ، ورواه الامام أحمد عن يحيى بن سعيد عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبيد الله وقال هذا

اجودهما إسناداً ماأجوده من حديث ما أعلم روى فى هذا أجود من هذا ، قيل له فالحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم « لا تحل الصدقة لغنى ولا لذى مرة سوى » قال لا أعلم فيه شيئاً يصح ، قيل له يرويه سالم بن أبى الجعد عن أبى هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم ؟ قال. سالم لم يسمع من أبىهريرة ، والغنى يختلف فمنه غنى يوجب الزكاة وغنى يمنع أخذها وغنى يمنع المسألة . ويخالف ما قاسوا عليه هذا فإنه محتاج اليها ، والصدقة أوساخ النـــاس فلا تباح الا عند الحاجة اليها ، وهذا المختلف فيه لا حاجة به اليها فلا تباح له .

(فصـــل)

وان كان الرجل صحيحاً جلداً وذكر أنه لا كسب له أعطى منها وقبل قوله بغير يمين إذا لم يعلم يقين كذبه ولا يحلفه : لأن النبى صلى الله عليه وسلم أعطى الرجلين اللذين سألاه ولم يحلفهما ، وفى بعض رواياته أنه قال « أتينا النبى صلى الله عليه وسلم فسألناه من الصدقه فصعد فينا البصر وصوبه ، فرآنا جلدين فقال إن شئتما أعطيتكما » وذكر الحديث .

(فصل) فإن ادعى أن له عيالا فقال القاضى وأبو الخطاب يقلد ويعطى لهم كما يقلد فى دعوى حاجته ، قال ابن عقيل : عندى لا يقبل قوله الا ببينة ، لأن الاصل عدمالعيال ولا تتعذر إقامةالبينة عليه ، وفارق ما إذا ادعى أنه لا كسب له فإنه يدعى ما يوافق الأصل لأن الأصل عدم الكسب والمال وتتعذر عليه إقامة البينة عليه .

ولو ادعى الفقر من عرف بالغنى لم يقبل قوله الا ببينة تشهد بأن ماله تلف أو نفد ، لما روى أن النبى صلىالله عليه وسلم قال « لا تحل المسألة الا لثلاثة رجل أصابته فاقة حتى يشهد له ثلاثة من ذوى الحجى من قومه لقد أصابت فلانا فاقة ، فحلت له المسألة حتى يصيب قواما من عيش أو سدادا من عيش » وهل يعتبر فى البينة على الفقر ثلاثة أو يكتفى باثنين ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يكفى الا ثلاثة لظاهر الخبر .

والثانى : يقبل قول اثنين لأن قولهما يقبل فى الفقر بالنسبة الىحقوق الادميين المبنية على الشح والضيق ففى حق الله تعالى أولى ، والخبر انما ورد فى حل المسألة

فيقتصر عليه ، وان لم يعرف له مال قبل قوله ولم يستحلف لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يستحلف الرجلين اللذين رآهما جلدين ، فإن رآه متجملا قبل قوله أيضاً لانه لا يلزم من ذلك الغنى بدليل قول الله تعالى (يحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف) لكن ينبغى أن يخبره أن ما يعطيه من الزكاة لئلا يكون ممن لا تحل له الزكاة ، وان رآه ظاهر المسكنة أعطاه منها ولم يحتج أن يبين له شرط جواز الأخذ ولا أن ما يدفعه اليه زكاة .

قال أحمد رحمه الله وقد سئل عن الرجل يدفع زكاته الى رجل : هل يقول له هذه زكاة ؟ فقال يعطيه ويسكت ولا يقرعه فا كتفى بظاهر حاله عن سؤاله وتعريفه

(فصل) واذا كان للرجل بضاعة يتجر بها أو ضيعة يستغلها تكفيه غلتها له ولعياله فهو غنى لا يعطى من الصدقة شيئا ، وان لم تكفه جاز له الأخذ منها قدر ما يتم به الكفاية ، وان كثرت قيمة ذلك . وقد تقدم ذكر ذلك فى الزكاة

« مسألة » قال (والعاملين على الزكاة وهم الجباة لها والحافظون لها)

يعنى العاملين على الزكاة وهم الصنف الثالث من أصناف الزكاة وهم السعاة الذين يبعثهم الإمام لأخذها من أربابها وجمعها وحفظها ونقلها ومن يعينهم ممن يسوقها ويرعاها ويحملها ، وكذلك الحاسب والكاتب والكيال والوزان والعداد وكل من يحتاج اليه فيها فإنه يعطى أجرته منها لأن ذلك من مؤنتها فهو كعلفها وقد « كان النبى صلى الله عليه وسلم يبعث على الصدقة سعاة ويعطيهم عمالتهم » فبعث عمر ومعاذا وأبا موسى ورجلا من بنى مخزوم وابن اللتبية وغيرهم وطلب منه ابنا عمه الفضل بن العباس وعبد المطلب بن ربيعة بن الحارث أن يبعثهما فقالا « يا رسول الله لو بعثتنا على هذه الصدقة فنصيب ما يصيب الناس ونؤدى اليك ما يؤدى الناس ؟ فأبى أن يبعثهما وقال : ان هذه الصدقة أوساخ الناس » وهذه قصص اشتهرت فصارت كالمتواتر وليس فيه اختلاف مع ماورد من نص الكتاب فيه فأغنى عن التطويل .

(فصل) ومن شرط العامل أن يكون بالغا عاقلا أمينا ، لأن ذلك ضرب من الولاية ، والولاية تشترط فيها هذه الخصال ، ولأن الصبي والمجنون لا قبض لهما

والخائن يذهب بمال الزكاة ويضيعه على أربابه ويشترط إسلامه ، واختار هذا القاضي . وذكر أبو الخطاب وغيره أنه لا يشترط إسلامه لانه إجارة على عمل ، فجاز أن يتولاه الكافر كجباية الخراج . وقيل عن أحمد في ذلك روايتان .

ولنا أنه يشترط له الامانة فاشترط له الاسلام كالشهادة ، ولأنه ولاية على المسلمين فلم يجز أن يتولاها الكافر كسائر الولايات . ولان من ليس من أهل الزكاة لا يجوز أن يتولى العمالة كالحربي ؛ ولان الكافر ليس بأمين ، ولهذا قال عمر « لا تأتمنوهم وقد خونهم الله تعالى » وقد أنكر عمر على أبي موسى توليته الكتابة نصرانيا ، فالزكاة التي هي ركن الاسلام أولى . ويشترط كونه من غير ذوي القربى إلا أن يدفع اليه أجرته من غير الزكاة .

وقال أصحابنا : يجوز له الاخذ منها ، لانها أجرة على عمل يجوز للغني ، فجازت لذوي القربى كأجرة النقال والحافظ ، وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي .

ولنا حديث الفضل بن العباس وعبد المطلب بن ربيعة بن الحارث حين سألا النبي صلى الله عليه وسلم أن يبعثهما على الصدقة فأبى أن يبعثهما وقال « إنما هذه الصدقة أوساخ الناس وانها لا تحل لمحمد ولا لآل محمد » وحديث أبي رافع أيضا . وهذا ظاهر في تحريم أخذهم العمالة فلا تجوز مخالفته ، ويفارق النقال والحمال والراعي فإنه يأخذه أجرة لحمله لا لعمالته . ولا يشترط كونه حراً لان العبد يحصل منه المقصود كالحر فجاز أن يكون عاملا كالحر ، ولا كونه فقيها اذا كتب له ما يأخذه وحُدّ له ، كما كتب النبي صلى الله عليه وسلم لعماله فرائض الصدقة ، وكما كتب أبو بكر لعماله أو بعث معه من يعرفه ذلك ، ولا كونه فقيرا ، لان الله تعالى جعل العامل صنفا غير الفقراء والمساكين فلا يشترط وجود معناهما فيه كما لا يشترط معناه فيهما ، وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تحل الصدقة لغني الا لخمسة : لغاز في سبيل الله ، أو لعامل عليها ، أو لرجل ابتاعها بماله أو لرجل كان له جار مسكين فتصدق على المسكين ، فأهدى المسكين الى الغني » رواه أبو داود ، وذكر أصحاب الشافعي أنه تشترط الحرية لان العمالة ولاية فنافاها الرق كالقضاء ويشترط الفقه ليعلم قدر الواجب وصفته .

ولنا ما ذكرناه ولا نسلم منافاة الرق الولايات الدينية ، فإنه يجوز أن يكون

إماما فى الصلاة ومفتيا وراوياً للحديث وشاهداً ، وهذه من الولايات الدينية . وأما الفقه فإنما يحتاج اليه لمعرفة ما يأخذه ويتركه ويحصل ذلك بالكتاب له كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم وصاحباه رضى الله عنهما

(فصل) والامام مخير بين أن يستأجر العامل إجارة صحيحة بأجر معلوم ، إما على مدة معلومة ، وإما على عمل معلوم . وبين أن يجعل له جعلا معلوما على عمله ، فإذا عمله استحق المشروط ، وان شاء بعثه من غير تسمية ثم أعطاه ، فإن عمر رضى الله عنه قال ، بعثني النبي (ص) على الصدقة فلما رجعت عملني فقلت : أعطه من هو أحوج مني - وذكر الحديث ، فإن تلفت الصدقة فى يده قبل وصولها الى أربابها من غير تفريط فلا ضمان عليه ويستحق أجرة من بيت المال ، وإن لم تتلف أعطى أجر عمله منها ، وإن كان أكثر من ثمنها أو اقل ثم قسم الباقى على أربابه ، لأن ذلك من مؤنتها لجرى مجرى علفها ومداواتها ، وان رأى الامام أعطاه اجرة من بيت المال او يجعل له رزقاً فى بيت المال ولا يعطيه منها شيئا فعل . وان تولى الامام او الوالى من قبله اخذ الصدقة وقسمتها لم يستحق منها شيئا لأنه يأخذ رزقه من بيت المال .

(فصل)

ويجوز للامام ان يولى الساعى جبايتها دون تفرقتها ، ويجوز ان يوليه جبايتها وتفريقها ، فإن النبي (ص) ولى ابن اللتبية فقدم بصدقته على النبي (ص) فقال : هذا لكم وهذا أهدى الىّ ، وقال لقبيصة ، أقم يا قبيصة حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها ، وامر معاذاً أن يأخذ الصدقة من اغنيائهم فيردها فى فقرائهم .

ويروى ، أن زياداً ولى عمران بن حصين الصدقة ، فلما جاء قيل له : اين المال ؟ قال أو للمال بعثتنى؟ اخذناها كما كنا نأخذها على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ووضعناها حيث كنا نضعها على عهد رسول الله (ص) رواه ابو داود

وعن ابي جحيفة قال ، أتانا مصدق النبي (ص) واخذ الصدقة من اغنيائنا فوضعها فى فقرائنا وكنت غلاماً يتيما فأعطانى منها قلوصا ، أخرجه الترمذى

، مسألة ، قال (والمؤلفة قلوبهم ، وهم المشركون المتألفون على الاسلام)

هذا الصنف الرابع من أصناف الزكاة والمستحقون لها ، وقال ابو حنيفة : انقطع سهمهم ، وهو أحد اقوال الشافعي ، لما روى ان مشركا جاء يلتمس من عمر مالا فلم يعطه وقال (من شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر) ولم ينقل عن عمر ولا عثمان ولا على انهم اعطوا من ذلك شيئا ، ولأن الله تعالى اظهر الاسلام وقمع المشركين فلا حاجة بنا الى التأليف

وحكى حنبل عن أحمد انه قال : المؤلفة قد انقطع حكمهم اليوم والمذهب على خلاف ما حكاه حنبل ، ولعل معنى قول احمد انقطع حكمهم ، اى لا يحتاج اليهم فى الغالب ، او اراد ان الأئمة لا يعطونهم اليوم شيئا ، فأما ان احتاج اليهم جاز الدفع اليهم ، فلا يجوز الدفع اليهم الا مع الحاجة

ولنا على جواز الدفع اليهم قول الله تعالى (والمؤلفة قلوبهم) وهذه الآية فى سورة براءة ، وهى آخر ما نزل من القرآن على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقد ثبت ان رسول الله (ص) أعطى المؤلفة من المشركين والمسلمين ، وأعطى أبو بكر عدى بن حاتم ، وقد قدم عليه بثلاثمائة جمل من ابل الصدقة ، ثلاثين بعيراً ، ومخالفة كتاب الله وسنة رسوله واطراحها بلا حجة لا يجوز ، ولا يثبت النسخ بترك عمر وعثمان اعطاء المؤلفة ، ولعلهم لم يحتاجوا الى اعطائهم فتركوا ذلك لعدم الحاجة اليه لا لسقوطه

(فصل)

والمؤلفة قلوبهم ضربان : كفار ومسلمون . وهم جميعا السادة المطاعون فى قومهم وعشائرهم . فالكفار ضربان :

أحدهما من يرجى اسلامه فيعطى لتقوى نيته فى الاسلام وتميل نفسه اليه فيسلم . فإن النبي صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة ، أعطى صفوان بن أمية الأمان واستنظره صفوان اربعة اشهر لينظر فى أمره ، وخرج معه الى حنين ، فلما أعطى النبي صلى الله عليه وسلم العطايا قال صفوان مالى ؟ فأومأ النبي صلى الله عليه وسلم الى واد فيه ابل محملة ، فقال : هذا لك . فقال صفوان : ان هذا عطاء من لا يخشى الفقر .

والضرب الثانى : من يخشى شره ويرجى بعطيته كف شره وكف غيره معه .

وروى عن ابن عباس أن قوما كانوا يأتون النبي صلى الله عليه وسلم فإن أعطاهم مدحوا الإسلام وقالوا : هذا دين حسن ، وإن منعهم ذموا وعابوا .

وأما المسلمون فأربعة أضرب : قوم من سادات المسلمين لهم نظراء من الكفار ومن المسلمين الذين لهم نية حسنة فى الاسلام ، فإذا أعطوا رجى إسلام نظرائهم وحسن نياتهم ، فيجوز إعطاؤهم ، لأن أبا بكر أعطى عدى بن حاتم والزبرقان بن بدر مع حسن نياتهما وإسلامهما

والضرب الثانى . سادات مطاعون فى قومهم يرجى بعطيتهم قوة إيمانهم ومناصحتهم فى الجهاد فإنهم يعطون ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم « أعطى عيينة ابن حصن والأقرع بن حابس وعلقمة بن علاثة والطلقاء من أهل مكة ، وقال للأنصار : يا معشر الأنصار علام تأسون ؟ على لعاعة من الدنيا تألفت بها قوما لا إيمان لهم ووكلتكم الى إيمانكم ؟ »

وروى البخارى بإسناده عن عمرو بن تغلب « أن رسول الله (ص) أعطى ناساً وترك ناسا ، فبلغه عن الذين ترك انهم عتبوا ، فصعد المنبر فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : إنى أعطى ناسا وأدع ناساً والذى أدع أحب إلى من الذى أعطى ، أعطى ناساً لما فى قلوبهم من الجزع والهلع . وأكِل ناسا إلى ما فى قلوبهم من الغنى والخير ، منهم عمرو بن تغلب »

وعن أنس قال : حين أفاء الله على رسوله أموال هوازن طفق رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطى رجالا من قريش مائة من الابل؛ فقال ناس من الانصار « يغفر الله لرسول الله (ص) يعطى قريشا ويمنعنا وسيوفنا تقطر من دمائهم ، فقال رسول الله (ص) إنى أعطى رجالا حدثاء عهد بكفر أتألفهم » متفق عليه

الضرب الثالث : قوم فى طرف بلاد الاسلام اذا أعطوا دفعوا عمن يليهم من المسلمين .

الضرب الرابع : قوم اذا أعطوا أجبوا الزكاة ممن لا يعطيها ، الا أن يخاف ، وكل هؤلاء يجوز الدفع اليهم من الزكاة ، لأنهم من المؤلفة قلوبهم ؛ فيدخلون فى عموم الآية .

« مسألة » قال (وفى الرقاب وهم المكاتبون)

لا نعلم بين أهل العلم خلافا فى ثبوت سهم الرقاب ولا يختلف المذهب فى أن المكاتبين من الرقاب يجوز صرف الزكاة اليهم ، وهو قول الجمهور ، وخالفهم مالك فقال : انما يصرف سهم الرقاب فى اعتاق العبيد ، ولا يعجبنى أن يعان منها مكاتب ، وخالف أيضاً ظاهر الآية لأن المكاتب من الرقاب لأنه عبد واللفظ عام فيدخل فى عمومه .

اذا ثبت هذا فإنه يدفع الى المكاتب جميع ما يحتاج اليه لوفاء كتابته ، فإن لم يكن معه شيء جاز أن يدفع اليه جميعها . وان كان معه شيء له يتم ما يتخلص به ، لأن حاجته لاتندفع الا بذلك . ولا يدفع الى من معه وفاء كتابته شيء لانه مستغن عنه فى وفاء الكتابة . قيل ولا يدفع اليه بحكم الفقر شيء لانه عبد ويجوز أن يدفع اليه فى كتابته قبل حلول النجم لئلا يحل النجم ولاشيء معه فتنفسخ الكتابة ولا يدفع الى مكاتب كافر شيء لانه ليس من مصارف الزكاة ولا يقبل قول المكاتب : انه مكاتب الا ببينة لأن الأصل عدمها فان صدقه السيد ففيه وجهان .

أحدهما : يقبل لأن الحق فى العبد لسيده فإذا أقر بانتقال حقه عنه قبل .

والثانى : لايقبل لانه متهم فى أنه يواطئه ليأخذ به المال .

(فصل) ويجوز للسيد دفع زكاته الى مكاتبه لانه قد صار معه فى باب المعاملة كالاجنبى حتى يجرى بينهما الربا فصار كالغريم يدفع زكاته الى غريمه ويجوز للمكاتب ردها الى سيده بحكم الوفاء لأنها رجعت اليه بحكم الإيفاء أشبه ايفاء الغريم دينه بها ، قال ابن عقيل : ويجوز دفع الزكاة الى سيد المكاتب وفاء عن الكتابة وهو الأولى لأنه أعجل لعتقه وأوصل الى المقصود الذى كان الدفع من أجله فإنه اذا أخذه المكاتب قد يدفعه وقد لايدفعه .

ونقل حنبل أنه قال : قال سفيان لاتعطى مكاتبا لك من الزكاة ، قال وسمعت ابا عبد الله يقول : وانا ارى مثل ذلك .

وقال الأثرم سمعت ابا عبد الله يسأل : ايعطى المكاتب من الزكاة ؟ قال : المكاتب بمنزلة العبد فكيف يعطى ؟ ومعناه والله أعلم لايعطى مكاتبه من الزكاة

لأنه عبده وماله يرجع إليه إن عجز وإن عتق فله ولاؤه ولا تقبل شهادته لمكاتبه ولا شهادة مكاتبه له .

• مسألة • قال (وقد روى عن عبد الله رحمه الله رواية أخرى أنه يعتق منها)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فى جواز الإعتاق من الزكاة فروى عنه جواز ذلك . وهو قول ابن عباس والحسن والزهرى ومالك وإسحاق وأبى عبيد والعنبرى وأبى ثور لعموم قول الله تعالى (وفى الرقاب) وهو متناول للقن بل هو ظاهر فيه . فإن الرقبة إذا أطلقت انصرفت إليه كقوله تعالى (فتحرير رقبة) وتقدير الآية : وفى اعتاق الرقاب : ولأنه اعتاق للرقبة لجاز صرف الزكاة فيه ، كدفعه فى الكتابة والرواية الأخرى لا يجوز . وهو قول إبراهيم والشافعى ، لأن الاية تقتضى صرف الزكاة إلى الرقاب كقوله (فى سبيل الله) يريد الدفع إلى المجاهدين كذلك هيهنا والعبد القن لا يدفع إليه شىء قال أحمد فى رواية أبى طالب قد كنت أقول يعتق من زكاته ، ولكن أهابه اليوم ، ولأنه يجر الولاء ، وفى موضع آخر قيل له فما يعجبك من ذلك ؟ قال : يعين من ثمنها فهو أسلم .

وقد روى نحو هذا عن النخعى وسعيد بن جبير فانهما قالا : لا يعتق من الزكاة رقبة كاملة ، لكن يعطى منها فى رقبة ويعين مكاتبا ، وبه قال أبو حنيفة وصاحباه ، لأنه إذا أعتق من زكاته انتفع بولاء من أعتقه فكأنه صرف الزكاة إلى نفسه .

وأخذ ابن عقيل من هذه الرواية أن أحمد رجع عن القول بالاعتاق من الزكاة وهذا والله أعلم من أحمد إنما كان على سبيل الورع فلا يقتضى رجوعا لان العلة التى علل بها جر الولاء ومذهبه أن ما رجع من الولاء رد فى مثله فلا ينتفع إذاً بإعتاقه من الزكاة .

(فصل) ولا يجوز أن يشترى من زكاته من يعتق عليه بالرحم وهو كل ذى رحم محرم فإن فعل عتق عليه ولم تسقط عنه الزكاة .

وقال الحسن لا بأس أن يعتق أباه من الزكاة لان دفع الزكاة لم يحصل إلى أبيه وإنما دفع الثمن إلى بائعه .

ولنا أن نفع زكاته عاد الى أبيه فلم يجز كما لو دفعها اليه . ولان عتقه حصل بنفس الشراء مجازاة وصلة للرحم فلم يجز أن يحتسب له به عن الزكاة كنفقة أقاربه ولو أعتق عبده المملوك له عن زكاته لم يجز لان أداء الزكاة عن كل مال من جنسه والعبد ليس من جنس ما تجب الزكاة فيه ولو أعتق عبدا من عبيده للتجارة لم يجز لان الواجب فى قيمتهم لا فى عينهم .

(فصل ويجوز أن يشترى من زكاته أسيرا مسلماً من أيدى المشركين لانه فك رقبة من الاسر فهو كفك رقبة العبد من الرق ، ولان فيه اعزازاً للدين فهو كصرفه الى المؤلفة قلوبهم ، ولانه يدفعه الى الاسير لفك رقبته ، فأشبه ما يدفعه الى الغارم لفك رقبته من الدين .

« مسألة » قال (فما رجع من الولاء رد فى مثله)

يعنى يعتق به أيضا ، وبهذا قال الحسن واسحاق ، وقال أبو عبيد : الولاء للمعتق لقول النبى صلى الله عليه وسلم « انما الولاء لمن أعتق » وقال مالك ولاؤه لسائر المسلمين لانه مال لا مستحق له أشبه مال من لا وارث له ، وقال العنبرى : يجعله فى بيت المال للصدقات لان عتقه من الصدقة فولاؤه يرجع اليها ، ولان عتقه بمال هو لله والمعتق نائب عن الله تعالى فى الشراء والاعتاق فلم يكن الولاء له كما لو توكل فى الاعتاق وكالساعى اذا اشترى من الزكاة رقبة وأعتقها ، ولان الولاء أثر الرق وفائدة من المعتق ، فلم يجز أن يرجع الى المزكى لإفضائه الى أن ينتفع بزكاته ، وقد روى عن أحمد ما يدل على أن الولاء له ، وقد سبق ذلك فى باب الولاء .

فصـــل

ولا يعقل عنه اختاره الخلال ، وعن أحمد رواية أخرى : أنه يعقل عنه اختارها أبو بكر ، لانه معتق فيعقل عنه كالذى أعتقه من ماله وانما لم يأخذ ميراثه بالولاء لئلا ينتفع بزكاته والعقل عنه ليس بانتفاع فيبقى على الاصل .

ولنا أنه لا ولاء عليه فلم يعقل عنه كما لو كان وكيلا فى العتق ، ولانه لا يرثه فلم يعقل عنه كما لو اختلف دينهما وما ذكره يبطل بالوكيل والساعى اذا أعتق من الزكاة .

« مسألة » قال (والغارمين)

وهم المدينون العاجزون عن وفاء ديونهم ، هذا الصنف السادس من أصناف مصارف الزكاة ، ولا خلاف فى استحقاقهم وثبوت سهمهم ، وأن المدينين العاجزين عن وفاء ديونهم منهم لكن ان غرم فى معصية مثل أن يشترى خمراً أو يصرفه فى زنا أو قمار أو غناء ونحوه لم يدفع اليه قبل التوبة شيء لانه أعانه على المعصية وان تاب فقال القاضى : يدفع اليه واختاره ابن عقيل لان ابقاء الدين الذى فى الذمة ليس من المعصية بل يجب تفريغها والإعانة على الواجب قربة لا معصية فأشبه من أتلف ماله فى المعاصى حتى افتقر فإنه يدفع اليه من سهم الفقراء ، وفيه وجه آخر لا يدفع اليه لانه استدانه للمعصية فلم يدفع كما لو لم يتب ، ولانه لا يؤمن أن يعود الى الاستدانة للمعاصى ثقة منه بأن دينه يقضى بخلاف من أتلف ماله فى المعاصى فإنه يعطى لفقره لا لمعصيته .

(فصل) ولا يدفع الى غارم كافر لانه ليس من أهل الزكاة ولذلك لا يدفع الى فقيرهم ولا مكاتبهم ، وان كان من ذوى القربى فقال أصحابنا : يجوز الدفع اليه لان علة منعه من الاخذ منها لفقره صيانة عن أكلها لكونها أوساخ الناس واذا أخذها لغرمه فصرفها الى الغرماء فلا يناله دناءة وسخها ، ويحتمل أن لا يجوز لعموم النصوص فى منعهم من أخذها وكونها لا تحل لهم ، ولان دناءة أخذها تحصل سواء أكلها أو لم يأكلها ولا يدفع منها الى غارم له ما يقضى به غرمه لان الدفع اليه لحاجته وهو مستغن عنها .

(فصـــل) ومن الغارمين صنف يعطون مع الغنى وهو غرم لإصلاح ذات البين وهو أن يقع بين الحيين وأهل القريتين عداوة وضغائن يتلف فيها نفس أو مال ويتوقف صلحهم على من يتحمل ذلك فيسعى انسان فى الإصلاح بينهم ويتحمل الدماء التى بينهم والاموال فيسمى ذلك حمالة بفتح الحاء وكانت العرب تعرف ذلك ، وكان الرجل منهم يتحمل الحمالة ثم يخرج فى القبائل فيسأل حتى يؤديها فورد الشرع بإباحة المسألة فيها وجعل له نصيبا من الصدقة ، فروى قبيصة ابن المخارق قال تحملت حمالة فأتيت النبي (ص) وسألته فيها فقال « أقم يا قبيصة

حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها . ثم قال : يا قبيصة إن المسألة لا تحل إلا لثلاثة رجل تحمل حمالة فيسأل فيها حتى يؤديها ثم يمسك ، ورجل أصابته جائحة فاجتاحت ماله فحلت له المسألة حتى يصيب سداداً من عيش أو قواما من عيش ورجل أصابته فاقة حتى يشهد له ثلاثة من ذوى الحجى من قومه لقد أصابت فلانا فاقة فحلت له المسألة حتى يصيب سداداً من عيش أو قواما من عيش وما سوى ذلك فهو سحت يأكلها صاحبها سحتا يوم القيامة ، أخرجه مسلم . وروى أبو سعيد الخدرى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تحل الصدقة لغنى إلا لخمسة » ذكر منها الغارم ، ولأنه إنما يقبل ضمانه وتحمله إذا كان مليا وبه حاجة إلى ذلك مع الغنى ، وإن أدى ذلك من ماله لم يكن له أن يأخذ لانه قد سقط الغرم ، وإن استدان وأداها جاز له الاخذ لان الغرم باق والمطالبة قائمة ، والفرق بين هذا الغرم والغرم لمصلحة نفسه إن هذا الغرم يأخذ لحاجتنا إليه لإطفاء الثائرة وإخماد الفتنة فجاز له الاخذ مع الغنى كالغازى والمؤلف والعامل ، والغارم لمصلحة نفسه يأخذ لحاجة نفسه فاعتبرت حاجته وعجزه كالفقير والمسكين والمكاتب وابن السبيل وإذا كان الرجل غنياً وعليه دين لمصلحة لا يطيق قضاءه جاز أن يدفع إليه ما يتم به قضاءه مع ما زاد عن حد الغنى ، فإذا قلنا : الغنى يحصل بخمسين درهما وله مائة وعليه مائة جاز أن يدفع له خمسون ليتم قضاء المائة من غير أن ينقص غناه ، قال أحمد : لا يعطى من عنده خمسون درهما أو حسابها من الذهب إلا مدينا فيعطى دينه ، وان كان يمكنه قضاء الدين من غير نقص من الغنى لم يعط شيئا .

(فصل) واذا أراد الرجل دفع زكاته الى الغارم فله أن يسلمها اليه ليدفعها الى غريمه ، وان أحب أن يدفعها الى غريمه قضاء عن دينه فعن أحمد فيه روايتان .

احداهما : يجوز ذلك نقل أبو الحارث قال قلت لاحمد رجل عليه ألف وكان على رجل زكاة ماله ألف فأداها عن هذا الذى عليه الدين يجوز هذا من زكاته ؟ قال نعم ما أرى بذلك بأسا وذلك لانه دفع الزكاة فى قضاء دينه فأشبه ما لو دفعها اليه يقضى بها دينه .

والثانية : لا يجوز دفعها الى الغريم ، قال أحمد أحب الى أن يدفعه اليه حتى يقضى هو عن نفسه قيل هو محتاج يخاف أن يدفعه اليه فيأكله ولا يقضى دينه قال فقل له يوكله حتى يقضيه ، فظاهر هذا أنه لا يدفع الزكاة الى الغريم الا بوكالة الغارم لان الدين انما هو على الغارم فلا يصح قضاؤه الا بتوكيله ، ويحتمل أن يحمل هذا على الاستحباب ويكون قضاؤه عنه جائزا ، وان كان دافع الزكاة الامام جاز أن يقضى بها دينه من غير توكيله لان للإمام ولاية عليه فى ابقاء الدين ولهذا يجبره عليه اذا امتنع منه واذا ادعى الرجل أن عليه دينا فان كان يدعيه من جهة اصلاح ذات البين فالامر فيه ظاهر لا يكاد يخفى فإن خفى ذلك لم يقبل منه الا ببينة ، وان غرم لمصلحة نفسه لم يدفع اليه الا ببينة أيضا لان الاصل عدم الغرم وبراءة الذمة فإن صدقه الغريم فعلى وجهين كالمكاتب اذا صدقه سيده .

« مسألة » قال (وسهم فى سبيل الله وهم الغزاة يعطون ما يشترون به الدواب والسلاح وما ينفقون به على العدو وان كانوا أغنياء)

هذا الصنف السابع من أهل الزكاة ولا خلاف فى استحقاقهم وبقاء حكمهم ولا خلاف فى أنهم الغزاة فى سبيل الله لان سبيل الله عند الاطلاق هو الغزو قال الله تعالى (وقاتلوا فى سبيل الله) وقال (ويجاهدون فى سبيله) وقال (ان الله يحب الذين يقاتلون فى سبيله صفا) وذكر ذلك فى غير موضع من كتابه، فإذا تقرر هذا فإنهم يعطون وان كانوا أغنياء . وبهذا قال مالك والشافعى واسحاق وأبو ثور وأبو عبيد وابن المنذر . وقال أبو حنيفة وصاحباه لا تدفع الا الى فقير وكذلك قالوا فى الغارم لاصلاح ذات البين لان من تجب عليه الزكاة لا تحل له كسائر أصحاب السهمان ولان النبى صلى الله عليه وسلم قال لمعاذ « أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد فى فقرائهم » فظاهر هذا أنها كلها ترد فى الفقراء والفقير عندهم من لا يملك نصابا .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « لا تحل الصدقة لغنى الا لخمسة : لغاز فى سبيل الله ، أو لغارم » وذكر بقيتهم ، ولان الله تعالى جعل الفقراء والمساكين صنفين وعد بعدهما ستة أصناف فلا يلزم وجود صفة الصنفين فى بقية الاصناف كما لا يلزم

وجود صفة الأصناف فيها ، ولأن هذا يأخذ لحاجته اليها دون من يأخذ لحاجتنا اليه فأشبه العامل والمؤلف ، فأما أهل سائر السهمان فإنما يعتبر فقر من يأخذ لحاجته اليها دون من يأخذ لحاجتنا اليه ، فإذا تقرر هذا فمن قال إنه يريد الغزو قبل قوله لأنه لا يمكن إقامة البينة على بينته ويدفع اليه قدر كفايته لمؤنته وشراء السلاح والفرس إن كان فارسا وحولته ودرعه وأثاثه وسائر ما يحتاج اليه لغزوه ، وان كثر ذلك ويدفع اليه دفعا مراعى فإن لم يغز رده لأنه أخذه كذلك وان غزا وعاد فقد ملك ما أخذه لأننا دفعنا اليه قدر الكفاية وإنما ضيق على نفسه وان مضى الى الغزو فرجع من الطريق أو لم يتم الغزو الذى دفع اليه من أجله رد ما فضل معه لأن الذى أخذ لأجله لم يفعله كله .

فصل

وانما يستحق هذا السهم الغزاة الذين لا حق لهم فى الديوان وانما يتطوعون بالغزو اذا نشطوا ، قال أحمد : ويعطى ثمن الفرس ولا يتولى مخرج الزكاة شراء الفرس بنفسه لأن الواجب ايتاء الزكاة فإذا اشتراها بنفسه فما أعطى الا فرسا ، وكذلك الحكم فى شراء السلاح والمؤنة .

وقال فى موضع آخر : ان دفع ثمن الفرس وثمن السيف فهو أعجب الى ، وان اشتراه هو رجوت أن يجزئه ، وقال أيضا : يشترى الرجل من زكاته الفرس ويحمل عليه والقناة ويجهز الرجل وذلك لأنه قد صرف الزكاة فى سبيل الله لجاز كما لو دفعها الى الغازى فاشترى بها قال ولا يشترى من الزكاة فرسا يصير حبيسا فى سبيل الله ولا داراً ولا ضيعة يصيرها فى سبيل الله للرباط ولا يقفها على المجاهدين لأنه لم يؤت الزكاة لأحد وهو مأمور بإتيانها قال ولا يغزو الرجل على الفرس الذى أخرجه من زكاة ماله لأنه لا يجوز أن يجعل نفسه مصرفا لزكاته كما لا يجوز أن يقضى بها دينه ، ومتى أخذ الفرس التى اشتريت بماله صار مصرفا لزكاته .

« مسألة » قال (ويعطى أيضا فى الحج وهو من سبيل الله)

ويروى هذا عن ابن عباس وعن ابن عمر الحج فى سبيل الله وهو قول اسحاق لما روى أن رجلا جعل ناقة له فى سبيل الله فأرادت امرأته الحج فقال لها

النبي صلى الله عليه وسلم « اركبيها فإن الحج فى سبيل الله » وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى لا يصرف منها فى الحج، وبه قال مالك وأبو حنيفه والثورى والشافعى وأبو ثور وابن المنذر، وهذا أصح لأن سبيل الله عند الإطلاق انما ينصرف الى الجهاد فإن كل مافى القرآن من ذكر سبيل الله انما أريد به الجهاد الا اليسير فيجب أن يحمل مافى هذه الاية على ذلك، لأن الظاهر ارادته به ولأن الزكاة انما تصرف الى أحد رجلين محتاج اليها كالفقراء والمساكين وفى الرقاب والغارمين لقضاء ديونهم أو من يحتاج اليه المسلمون كالعامل والغازى والمؤلف والغارم لاصلاح ذات البين، والحج من الفقير لانفع للمسلمين فيه ولاحاجة بهم اليه ولا حاجة به أيضا اليه، لان الفقير لافرض عليه فيسقطه ولامصلحة له فى ايجابه عليه وتكليفه مشقة قد رفعه الله منها وخفف عنه ايجابها وتوفير هذا القدر على ذوى الحاجة من سائر الاصناف أو دفعه فى مصالح المسلمين أولى.

وأما الخبر فلا يمنع أن يكون الحج من سبيل الله والمراد بالاية غيره لما ذكرنا وقال الشافعى: يجوز الدفع الى من أراد الحج لكونه ابن سبيل ولا يصح لأن ابن السبيل المسافر المنقطع به أو من هو محتاج الى السفر ولا حاجة بهذا الى هذا السفر، فإن قلنا يدفع فى الحج منها فلا يعطى الا بشرطين.

أحدهما: أن يكون ممن ليس له ما يحج به سواها لقول النبي (ص) « لا تحل الصدقة لغنى ولا لذى مرة سوى » وقال لا تحل الصدقة لغنى الا لخمسه » ولم يذكر الحاج منهم ولأنه يأخذ لحاجته لا لحاجة المسلمين اليه فاعتبرت فيه الحاجة كمن يأخذ لفقره، والثانى: أن يأخذه لحجة الفرض، ذكره أبو الخطاب لأنه يحتاج الى اسقاط فرضه وابراء ذمته اما التطوع فله مندوحة عنه، وقال القاضى ظاهر كلام أحمد جواز ذلك فى الفرض والتطوع معا، وهو ظاهر قول الخرقى لأن الكل من سبيل الله، ولأن الفقير لا فرض عليه فالحجة منه كالتطوع فعلى هذا يجوز أن يدفع اليه ما يحج به حجة كاملة وما يغنيه فى حجة ولا يجوز أن يحج من زكاة نفسه كما لا يجوز أن يغزو بها.

« مسألة » قال (وابن السبيل وهو المنقطع به وله اليسار فى بلده فيعطى من الصدقة ما يبلغه)

ابن السبيل : هو الصنف الثامن من أهل الزكاة ولا خلاف في استحقاقه وبقاء سهمه ، وابن السبيل هو المسافر الذى ليس له مايرجع به الى بلده وله اليسار فى بلده فيعطى ما يرجع به ، وهذا قول قتادة ونحوه : قال مالك وأصحاب الرأى ، وقال الشافعى : هو المختار ومن يريد إنشاء السفر الى بلد أيضا فيدفع اليهما ما يحتاجان اليه لذهابهما وعودهما لأنه يريد السفر لغير معصية فأشبه المجتاز .

ولنا أن ابن السبيل هو الملازم للطريق الكائن فيها ، كما يقال : ولد الليل للذى يكثر الخروج فيه ، والقاطن فى بلده ليس فى طريق ولا يثبت له حكم الكائن فيها ولهذا لا يثبت له حكم السفر بهمه به دون فعله ، ولأنه لا يفهم من ابن السبيل إلا الغريب دون من هو فى وطنه ومنزله ، وان انتهت به الحاجة منتهاها فوجب أن يحمل المذكور فى الآية على الغريب دون غيره ، وانما يعطى وله اليسار فى بلده لأنه عاجز عن الوصول اليه والانتفاع به فهو كالمعدوم فى حقه .

فإن كان ابن السبيل فقيراً فى بلده أعطى لفقره وكونه ابن السبيل لوجود الأمرين فيه ويعطى لكونه ابن سبيل قدر ما يوصله الى بلده ، لأن الدفع اليه للحاجة الى ذلك فتتقدر بقدره وتدفع اليه ، وان كان موسراً فى بلده إذا كان محتاجا فى الحال لأنه عاجز عن الوصول الى ماله فصار كالمعدوم ، وان فضل معه شىء بعد رجوعه الى بلده رده لأنه أخذه للحاجة ، وقد حصل الغنى بدونه فأشبه مالو أخذه لغزو فلم يغز ، وان كان فقيراً أو اتصل بسفره الفقر أخذ الفضل لفقره لأنه ان فات الاستحقاق بكونه ابن سبيل حصل الاستحقاق بجهة أخرى ، وان كان غارما أخذ الفضل لغرمه .

(فصـــل)

وان كان ابن السبيل مجتازاً يريد بلداً غير بلده فقال أصحابنا : يجوز أن يدفع اليه ما يكفيه فى مضيه الى مقصده ورجوعه الى بلده لأن فيه إعانة على السفر المباح وبلوغ الغرض الصحيح لكن يشترط كون السفر مباحا اما قربة كالحج والجهاد وزيارة الوالدين أو مباحا كطلب المعاش والتجارات ، فأما المعصية فلا يجوز الدفع اليه فيها لأنه إعانة عليها وتسبب اليها فهو كفعلها فإن وسيلة الشىء جارية مجراه ، وان كان السفر للنزهة ففيه وجهان :

أحدهما : يدفع اليه ، لأنه غير معصية .

والثاني : لا يدفع اليه لأنه لا حاجة به إلى هذا السفر . ويقوى عندى أنه لا يجوز الدفع للسفر إلى غير بلده لأنه لو جاز ذلك لجاز للمنشىء للسفر من بلده ولأن هذا السفر إن كان لجهاد فهو يأخذ له من سهم سبيل الله ، وان كان حجاً فغيره أهم منه ، واذا لم يجز الدفع فى هذين ففى غيرهما أولى ، وانما ورد الشرع بالدفع اليه للرجوع الى بلده لأنه أمر تدعو حاجته اليه ولا غنى به عنه ، فلا يجوز إلحاق غيره به لأنه ليس فى معناه فلا يجوز قياسه عليه ولا نص فيه فلا يثبت جوازه لعدم النص والقياس .

(فصل) وإذا ادعى الرجل أنه ابن سبيل ولم يعرف ذلك لم يقبل إلا ببينة ، وان ادعى الحاجة ولم يكن عرف له مال فى مكانه الذى هو به قبل قوله من غير بينة لان الأصل عدمه معه وان عرف له مال فى مكانه لم تقبل دعواه للفقر الا ببينة كما لو ادعى إنسان المسكنة .

(فصل) وجملة من يأخذ مع الغنى خمسة : العامل ، والمؤلف قلبه والغازى والغارم لاصلاح ذات البين ، وابن السبيل الذى له اليسار فى بلده ، وخمسة لا يعطون إلا مع الحاجة : الفقير والمسكين والمكاتب والغارم لمصلحة نفسه فى مباح وابن السبيل ، وأربعة يأخذون أخذاً مستقراً لا يلزمهم رد شيء بحال : الفقير والمسكين والعامل والمؤلف ، وأربعة يأخذون أخذاً غير مستقر : المكاتب والغارم والغازى وابن السبيل .

(فصل) ومن سافر لمعصية فأراد الرجوع الى بلده لم يدفع اليه مالم يتب فإن تاب احتمل جواز الدفع اليه لان رجوعه ليس بمعصية فأشبه رجوع غيره بل ربما كان رجوعه الى بلده تركا للمعصية وإقلاعا عنها كالعاق يريد الرجوع الى أبويه والفار من غريمه أو إمرأته يريد الرجوع اليهما ويحتمل أن لا يدفع اليه لان سبب ذلك المعصيه فأشبه الغارم فى المعصية .

« مسألة » قال (وليس عليه أن يعطى لكل هؤلاء الأصناف وان كانوا موجودين إنما عليه أن لا يجاوزهم)

وذلك : لأن الآية إنما سيقت لبيان من يجوز الصرف اليه لا لإيجاب الصرف الى الجميع ، بدليل انه لا يجب تعميم كل صنف بها ، وقد ذكر الله تعالى فى آية أخرى صرفها الى صنف واحد فقال سبحانه (ان تبدوا الصدقات فنعما هى وان تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم) .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم لمعاذ حين بعثه الى اليمن « أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد فى فقرائهم » متفق عليه ، فلم يذكر فى الاية ولا فى الخبر الا صنفا واحداً .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم لقبيصة حين تحمل حمالة « أقم ياقبيصة حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها » فذكر دفعها الى صنف وهو من الغارمين ، وأمر بنى زريق بدفع صدقتهم الى سلمة بن صخر وهو شخص واحد : رواه أبو داود : وبعث اليه على رضى الله عنه بذهيبة فى تربتها فقسمها بين المؤلفة قلوبهم وهم صنف واحد ، والآثار فى هذا كثيرة ، تدل على أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن يعتقد فى كل صدقة ثابتة دفعها إلى جميع الاصناف ولا تعميمهم بها بل كان يدفعها الى من تيسر من أهلها ، وهذا هو اللائق بحكمة الشرع وحسنه ، إذ غير جائز أن يكلف الله سبحانه من وجبت عليه شاة أو صاع من البر أو نصف مثقال أو خمسة دراهم دفعها الى ثمانية عشر نفسا أو أحد وعشرين أو أربعة وعشرين نفسا من ثمانية أصناف لكل ثلاثة منهم ثمنها ، والغالب تعذر وجودهم فى الاقليم العظيم ، وعجز السلطان عن إيصال مال بيت المال مع كثرته اليهم على هذا الوجه فكيف يكلف الله تعالى كل من وجبت عليه زكاة جمعهم وإعطائهم وهو سبحانه القائل (وما جعل عليكم فى الدين من حرج) وقال (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) وقال (لا يكلف الله نفسا إلا وسعها) .

وأظن من قال بوجوب دفعها على هذا الوجه انما يقوله بلسانه ، ولا يقدر على فعله وما بلغنا أن النبي صلى الله عليه وسلم فعل هذا فى صدقة من الصدقات ولا أحداً من خلفائه ولا من صحابته ولا غيرهم ، ولو كان هذا هو الواجب فى الشريعة المطهرة لما أغفلوه ، ولو فعلوه مع مشقته لنقل وما أهمل ، اذ لا يجوز على أهل التواتر اهمال نقل ماتدعو الحاجة الى نقله ، سيما مع كثرة من تجب عليه

الزكاة ووجود ذلك فى كل زمان وفى كل مصر وبلد . وهذا أمر ظاهر، وقد سبقت هذه المسألة والكلام فيها فيما تقدم .

(فصل) ويستحب تفريقها على ما أمكن من الأصناف ليخرج من الخلاف وتعميم من أمكن من كل صنف ، فإن كان المتولى لتفريقها الساعى استحب إحصاء أهل السهمان من عمله حتى يكون فراغه من قبض الصدقات بعد تناهى أسمائهم وأنسابهم وحاجاتهم وقدر كفاياتهم لتكون تفرقته عقيب جمع الصدقة ، ويبدأ بإعطاء العامل لأنه يأخذه على طريق المعاوضة فكان استحقاقه أقوى ولذلك إذا عجزت الصدقة عن أجره تمم له من بيت المال ، ولأن ما يأخذه أجراً ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه » ثم بالأهم فالأهم وأهمهم أشد حاجة ، فإن كانت الصدقة تفى بحاجة جميعهم أعطى كل إنسان منهم قدر ما يدفع به حاجته ، فيعطى الفقير ما يغنيه ؛ وهو ما تحصل له به الكفاية فى عامه ذلك له ولعياله ؛ ويعطى المسكين ما تتم به الكفاية إلا أن يعطيه من الذهب أو الورق ففيه روايتان .

إحداهما يعطيه ما تتم به الكفاية ، والثانية لا يزيد على خمسين درهما أو قيمتها من الذهب ، إلا أن يكون له عيال فيدفع اليه لكل واحد منهم خمسين درهما . ويدفع إلى العامل قدر أجره وإلى الغارم ما يقضى به غرمه وإلى المكاتب ما يوفى به كتابته والغازى يعطى ما يحتاج اليه لمؤنة غزوه وابن السبيل ما يبلغه إلى بلده ، وان نقصت الصدقة عن كفايتهم فرق فيهم على حسب ما يرى ، ويستحب أن لا ينقص من كل صنف عن أقل من ثلاثة لانهم أقل الجمع إلا العامل فإنه يكون واحداً ، وان فضلت الصدقة عن كفايتهم نقل الفاضل الى أقرب البلاد اليه ، وان كان المتولى لتفريقها ربها فيستحب أن يبدأ بأهلها من أهله ويفرقها فى الأهم فالأهم وهو من اشتدت حاجته وقرب منه نسبه ويعطى من أمكنه

(فصل) وان اجتمع فى واحد سببان يجوز الأخذ بكل واحد منهما منفرداً كالفقير الغارم أعطى بهما جميعاً ، فيعطى ما يقضى غرمه ، ثم يعطى ما يغنيه لأن الشخص الذى فيه المعنيان كشخصين وجد فى كل واحد منهما أحد المعنيين فيستحق

بهما كالميراث لابن عم هو زوج أو أخ من أم ، ولو أوصى لقرابته وللفقراء استحق القريب الفقير سهمين

« مسألة » قال (ولا يعطى من الصدقة لبنى هاشم)

ولا لمواليهم ولا للوالدين وان علوا ، ولا للولد وان سفل ، ولا للزوج ولا للزوجة ولا لمن تلزمه مؤنته ولا لكافر ولا لمملوك الا ان يكونوا من العاملين عليها فيعطون بحق ماعملوا : ولا لغنى - وهو الذى يملك خمسين درهماً أو قيمتها من الذهب - هذه المسائل قد تكررت وذكرنا شرحها فى باب الزكاة بما أغنى عن اعادته ههنا .

« مسألة » قال (واذا تولى الرجل اخراج زكاته سقط العاملون)

وذلك لأن العامل انما يأخذ أجر عمالته ، فإذا أخرج الرجل زكاة نفسه لم يكن ثم عامل عليها ولا من يستحق أجراً ، فيسقط سهمه والله أعلم

فصل فى جوائز السلطان

كان الامام أبو عبد الله رحمة الله عليه يتورع عنها ويمنع بنيه وعمه من أخذها وهجرهم حين قبلوها وسد الأبواب بينه وبينهم حين أخذوها ولم يكن يأكل من بيوتهم شيئا ، ولا ينتفع بشيء يصنع عندهم وأمرهم بالصدقة بما أخذوه ، وانما فعل ذلك ، لأن أموالهم تختلط بما يأخذونه من الحرام من الظلم وغيره فيصير شبهة وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « الحلال بين والحرام بين ، وبين ذلك أمور مشتبهات لا يعلمها كثير من الناس ، فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه ، ومن واقع الشبهات أوشك أن يقع فى الحرام ، كالراتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه » وقال النبي صلى الله عليه وسلم « دع ما يريبك الى مالا يريبك » واحتج أحمد بأن جماعة من الصحابة تنزهوا عن مال السلطان ، منهم حذيفة وأبو عبيدة ومعاذ وأبو هريرة وابن عمر ، ولم ير أبو عبد الله ذلك حراماً ، فإنه سئل فقيل له مال السلطان حرام ؟ فقال لا ، وأحب الي أن يتنزه عنه . وفى رواية قال : ليس أحد

من المسلمين الا وله فى هذه الدراهم حق ، فكيف أقول انها سحت ؟ وقد كان الحسن والحسين وعبد الله بن جعفر وكثير من الصحابة يقبلون جوائز معاوية .

وروى عن على رضى الله عنه أنه قال : لا بأس بجوائز السلطان ما يعطيكم من الحلال أكثر مما يعطيكم من الحرام . وقال لا تسأل السلطان شيئا فإن أعطاك فخذ فإن ما فى بيت المال من الحلال أكثر مما فيه من الحرام

وروى عمر بن شبة البحترى فى كتاب القضاء أن الحسن وابن سيرين والشعبى دخلوا على عمر بن هبيرة فأمر لكل واحد منهم بألف درهم ألف درهم . وأمر للحسن بألفى درهم فقبض الحسن جائزته وأبى ابن سيرين أن يقبض ، فقال لابن سيرين مالك لا تقبض ؟ قال حتى يعم الناس . فقال الحسن : والله لو عرض لك ولى لص فأخذ ردائى وردائك ثم بدا له أن يرد علىَّ ردائى كنت أقول لا أقبل ردائى حتى ترد على ابن سيرين رداءه ؟ كنت أحب أن تكون أفقه مما أنت يا ابن سيرين ، ولأن جوائز السلطان لها وجه فى الاباحة والتحليل . فإن له جهات كثيرة من الفىء والصدقة وغيرهما .

(فصـــل)

قال أحمد : جوائز السلطان أحب الىّ من الصدقة . يعنى أن الصدقة أوساخ الناس صين عنها النبى (ص) وآله لدناءتها ولم يصانوا عن جوائز السلطان ، وسئل أحمد عن عامل السلطان فربح ألفاً وآخر أجازه السلطان بألف ، أيهما أحب اليك ؟ قال الجائزة ، وذلك لان الذى يربح عليه ألفا لا يربحها فى الغالب الا بنوع من التدليس والغبن الفاحش ، والجائزة عطاء من الامام برضاه لا تدليس فيها ولا غبن . وقال أحمد : اذا كان بينك وبين السلطان رجل ، يعنى فهو أحب الى من أخذه منه ، وذلك لان الوسائط كلما كثرت قربت الى الحل لأنها مع البعد تتبدل وتحصل فيها أسباب مبيحة والله أعلم

كتاب النكاح

النكاح فى الشرع هو عقد التزويج ، فعند إطلاق لفظه ينصرف اليه مالم يصرفه عنه دليل . وقال القاضى. الأشبه بأصلنا أنه حقيقة فى العقد والوطء جميعا لقولنا بتحريم موطوءة الاب من غير تزويج لدخوله فى قوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) وقيل بل هو حقيقة فى الوطء مجاز فى العقد . تقول العرب : أنكحنا الفرى فسترى أى أضربنا فحل حمر الوحش أمه فسترى مايتولد منهما يضرب مثلا للأمر يجتمعون عليه ثم يتفرقون عنه . وقال الشاعر :

ومن أيم قد أنكحتنا رماحنا وأخرى على خال وعم تلهف

والصحيح ما قلنا لأن الأشهر استعمال لفظة النكاح بإزاء العقد فى الكتاب والسنة ولسان أهل العرف ، وقد قيل ليس فى الكتاب لفظ نكاح بمعنى الوطء إلا قوله (حتى تنكح زوجا غيره ولانه يصح نفيه عن الوطء ، فيقال هذا سفاح وليس بنكاح . ويروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « ولدت من نكاح لا من سفاح » ويقال عن السرية ليست بزوجة ولا منكوحة ، ولأن النكاح أحد اللفظين اللذين ينعقد بهما عقد النكاح ، فكان حقيقة فيه كاللفظ الآخر ، وما ذكره القاضى يفضى إلى كون اللفظ مشتركا ، وهو على خلاف الاصل ، وما ذكره الآخرون يدل على الاستعمال فى الجملة . والاستعمال فيما قلنا أكثر وأشهر ، ثم لو قدر كونه مجازاً فى العقد لكان اسما عرفيا يجب صرف اللفظ عند الإطلاق إليه لشهرته كسائر الاسماء العرفية

(فصل) والاصل فى مشروعية النكاح الكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى (فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع) الآية . وقوله (وأنكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم) وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم « يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فليصم فإن الصوم له وجاء » متفق عليه فى آى وأخبار سوى ذلك كثيرة ، وأجمع المسلمون على أن النكاح مشروع ،

واختلف أصحابنا فى وجوبه فالمشهور فى المذهب أنه ليس بواجب إلا أن يخاف أحد على نفسه الوقوع فى محظور بتركه فيلزمه إعفاف نفسه، وهذا قول عامة الفقهاء، وقال أبو بكر بن عبد العزيز هو واجب وحكاه عن أحمد، وحكى عن داود أنه يجب فى العمر مرة واحدة للآية والخبر

ولنا أن الله تعالى حين أمر به علقه على الاستطابة بقوله (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) والواجب لا يقف على الاستطابة وقال (مثنى وثلاث ورباع) ولا يجب ذلك بالاتفاق فيدل على أن المراد بالامر الندب، وكذلك الخبر يحمل على الندب أو على من يخشى على نفسه الوقوع فى المحذور بترك النكاح . قال القاضى وعلى هذا يحمل كلام أحمد وأبى بكر فى إيجاب النكاح .

(فصل) والناس فى النكاح على ثلاثة أضرب . منهم من يخاف على نفسه الوقوع فى المحظور ان ترك النكاح . فهذا يجب عليه النكاح فى قول عامة الفقهاء لانه يلزمه إعفاف نفسه وصونها عن الحرام وطريقه النكاح .

الثانى : من يستحب له، وهو من له شهوة يأمن معها الوقوع فى محظور، فهذا الاشتغال به أولى من التخلى لنوافل العبادة، وهو قول أصحاب الرأى، وهو ظاهر قول الصحابة رضى الله عنهم وفعلهم

قال ابن مسعود : لو لم يبق من أجلى إلا عشرة أيام وأعلم أنى أموت فى آخرها يوما ولى طول النكاح فيهن لتزوجت مخافة الفتنة

وقال ابن عباس لسعيد بن جبير : تزوج فإن خير هذه الامة أكثرها نساء .
وقال ابراهيم بن ميسرة : قال لى طاوس لتنكحن أو لأقولن لك ما قال عمر لأبى الزوائد : ما يمنعك عن النكاح الا عجز أو فجور . قال أحمد فى رواية المروذى ليست العزبة من أمر الاسلام فى شىء، وقال : من دعاك الى غير التزويج فقد دعاك الى غير الاسلام، ولو تزوج بشر كان قد تم أمره

وقال الشافعى : التخلى لعبادة الله تعالى أفضل لأن الله تعالى مدح يحيى عليه السلام بقوله (وسيدا وحصورا) والحصور الذى لا يأتى النساء، فلو كان النكاح أفضل لما مدح بتركه، وقال تعالى (زين للناس حب الشهوات من النساء والبنين) وهذا فى معرض الذم، ولانه عقد معاوضة فكان الاشتغال بالعبادة أفضل منه كالبيع

ولنا ما تقدم من أمر الله تعالى به ورسوله وحثهما عليه ، وقال صلى الله عليه وسلم « ولكنى أصوم وأفطر وأصلى وأرقد وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتى فليس منى » وقال سعد « لقد رد النبي صلى الله عليه وسلم على عثمان بن مظعون التبتل ولو أحله له لاختصينا » متفق عليهما .

وعن أنس قال « كان النبي (ص) يأمرنا بالباءة وينهى عن التبتل نهيا شديداً ويقول : تزوجوا الودود الولود فإنى مكاثر بكم الأمم يوم القيامة » رواه سعيد وهذا حث على النكاح شديد ووعيد على تركه يقربه الى الوجوب والتخلى منه الى التحريم ، ولو كان التخلى أفضل لانعكس الأمر : ولأن النبي (ص) تزوج وبالغ فى العدد وفعل ذلك أصحابه ولا يشتغل النبي (ص) وأصحابه إلا بالأفضل ولا تجتمع الصحابة على ترك الأفضل والاشتغال بالأدنى .

ومن العجب أن من يفضل التخلى لم يفعله فكيف اجتمعوا على النكاح فى فعله وخالفوه فى فضله فما كان فيهم من يتبع الأفضل عنده ويعمل بالأدنى ، ولأن مصالح النكاح أكثر فإنه يشتمل على تحصين الدين وإحرازه وتحصين المرأة وحفظها والقيام بها وإيجاد النسل وتكثير الأمة وتحقيق مباهاة النبي (ص) وغير ذلك من المصالح الراجح أحدها على نفل العبادة بمجموعها أولى .

وقد روينا فى أخبار المتقدمين أن قوما ذكروا النبي لهم فضل عابد لهم فقال : أما إنه لتارك لشيء من السنة فبلغ العابد فأتى النبى فسأله عن ذلك فقال : إنك تركت التزويج ، فقال : يانبى الله وما هو إلا هذا ، فلما رأى النبى احتقاره لذلك قال أرأيت لو ترك الناس كلهم التزويج من كان يقوم بالجهاد وينفى العدو ويقوم بفرائض الله وحدوده ؟ وأما ما ذكر عن يحيى فهو شرعه ، وشرعنا وارد بخلافه فهو أولى : والبيع لا يشتمل على مصالح النكاح ولا يقاربها .

القسم الثالث : من لا شهوة له إما لأنه لم يخلق له شهوة كالعنين أو كانت له شهوة فذهبت بكبر أو مرض ونحوه ففيه وجهان :

أحدهما : يستحب له النكاح لعموم ما ذكرنا .

والثانى : التخلى له أفضل ، لأنه لا يحصل مصالح النكاح ويمنع زوجته من التحصين بغيره ويضر بها بحبسها على نفسه ويعرض نفسه لواجبات وحقوق لعله

لا يتمكن من القيـام بها ويشتغل عن العلم والعبادة بما لا فائدة فيه ، والأخبار تحمل على من له شهوة لمـا فيها من القرائن الدالة عليها . وظاهر كلام أحمد أنه لا فرق بين القادر على الانفاق والعاجز عنه ، وقال ينبغى للرجل أن يتزوج فإن كان عنده ماينفق أنفق ، وان لم يكن عنده صبر . ولو تزوج بشر كان قد تم أمره واحتج بأن النبى (ص) كان يصبح وما عنده شيء ويمسى وما عنده شيء وأن النبى(ص) زوج رجلا لم يقدر إلا على خاتم حديد ولا وجد الا إزاره ولم يكن له رداء . أخرجه البخارى .

قال أحمد فى رجل قليل الكسب يضعف قلبه عن العيال : الله يرزقهم ، التزويج أحصن له ربما أتى عليه وقت لا يملك قلبه فيه : وهذا فى حق من يمكنه التزويج فأما من لا يمكنه فقد قال الله تعالى (وليستعفف الذين لا يجدون نكاحا حتى يغنيهم الله من فضله) .

« مسألة » قال ﴿ ولا نكاح إلا بولى وشاهدين من المسلمين ﴾

فى هذه المسألة أربعة فصول :

أحدها : أن النكاح لا يصح الا بولى ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها ولا توكيل غير وليها فى تزويجها فإن فعلت لم يصح النكاح ، روى هذا عن عمر وعلى وابن مسعود وابن عباس وأبى هريرة وعائشة رضى الله عنهم واليه ذهب سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبدالعزيز وجابر بن زيد والثورى وابن أبى ليلى وابن شبرمة وابن المبارك وعبيد الله العنبرى والشافعى واسحاق وأبو عبيد ، وروى عن ابن سيرين والقاسم بن محمد والحسن بن صالح وأبى يوسف لا يجوز لها ذلك بغير اذن الولى فإن فعلت كان موقوفا على اجازته .

وقال أبو حنيفة : لها أن تزوج نفسها وغيرها وتوكل فى النكاح لأن الله تعالى قال (ولا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن) أضاف النكاح اليهن ونهى عن منعهن منه ولأنه خالص حقها وهى من أهل المباشرة فصح منها كبيع أمتها ولأنها اذا ملكت بيع أمتها وهو تصرف فى رقبتها وسائر منافعها ففى النكاح الذى هو عقد على بعض منافعها أولى .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا نكاح إلا بولى » رواه عائشة وأبو موسى وابن عباس . قال المروزى سألت أحمد ويحيى عن حديث « لا نكاح إلا بولى » فقالا صحيح .

وروى عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « أيما إمرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل فإن أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له » رواه الإمام أحمد وأبو داود وغيرهما ، فإن قيل : فإن الزهرى رواه وقد أنكره .

قال ابن خديج سألت الزهرى عنه فلم يعرفه قلنا له لم يقل هذا عن ابن خديج غير ابن علية كذلك ، قال الإمام أحمد ويحي ولو ثبت هذا لم يكن حجة لأنه قد نقله ثقاة عنه فلو نسيه الزهرى لم يضره لأن النسيان لم يعصم منه إنسان ، قال النبي (ص) « نسى آدم فنسيت ذريته » ولأنها مولى عليها فى النكاح فلا تليه كالصغيرة ، وأما الآية فإن عضلها الامتناع من تزويجها وهذا يدل على أن نكاحها الى الولى ويدل عليه أنها نزلت فى شأن معقل بن يسار حين امتنع من تزويج أخته فدعاه النبى صلى الله عليه وسلم فزوجها وأضافه اليها لأنها محل له .

إذا ثبت هذا : فإنه لا يجوز لها تزويج أحد ، وعن أحمد لها تزويج أمتها : وهذا يدل على صحة عبارتها فى النكاح فيخرج منه أن لها تزويج نفسها بإذن وليها وتزويج غيرها بالوكالة . وهو مذهب محمد بن الحسن وينبغى أن يكون قولا لابن سيرين ومن معه لقول النبي صلى الله عليه وسلم « أيما إمرأة زوجت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل » فمفهومه صحته بإذنه ، ولان المرأة إنما منعت الاستقلال بالنكاح لقصور عقلها فلا يؤمن انخداعها ووقوعه منها على وجه المفسدة وهذا مأمون فيما إذا أذن فيه وليها ، والصحيح الأول لعموم قوله « لا نكاح إلا بولى » وهذا يقدم على دليل الخطاب ، والتخصيص ههنا خرج مخرج الغالب فان الغالب أنها لا تزوج نفسها إلا بغير إذن وليها والعلة فى منعها صيانتها عن مباشرة ما يشعر بوقاحتها ورعونتها وميلها الى الرجال وذلك ينافى حال أهل الصيانة والمروءة والله أعلم

(فصل) فإن حكم بصحة هذا العقد حاكم أو كان المتولى لعقده حاكما لم يجز

نقضه وكذلك سائر الأنكحة الفاسدة ، وخرج القاضي في هذا وجها خاصة أنه ينقض ، وهو قول الاصطخري من أصحاب الشافعي لأنه خالف نصا والأول أولى لأنها مسألة مختلف فيها ويسوغ فيها الاجتهاد فلم يجز نقض الحكم كما لو حكم بالشفعة للجار . وهذا النص متأول وفي صحته كلام وقد عارضه ظواهر

الفصل الثاني . أن النكاح لا ينعقد إلا بشاهدين : هذا المشهور عن أحمد ، وروى ذلك عن عمر وعلي وهو قول ابن عباس وسعيد بن المسيب وجابر بن زيد والحسن والنخعي وقتادة والثوري والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ، وعن أحمد أنه يصح بغير شهود وفعله ابن عمر والحسن بن علي وابن الزبير وسالم وحمزة ابنا ابن عمر ، وبه قال عبد الله بن إدريس وعبدالرحمن بن مهدي ويزيد بن هارون والعنبري وأبو ثور وابن المنذر ، وهو قول الزهري ومالك إذا أعلنوه .

قال ابن المنذر : لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر ، وقال ابن عبد البر قد روى عن النبي ص) « لا نكاح إلا بولي وشاهدين عدلين » من حديث ابن عباس وأبي هريرة وابن عمر إلا أن في نقله ذلك ضعيفا فلم أذكره .

قال ابن المنذر : وقد أعتق النبي صلى الله عليه وسلم صفية ابنة حيي فتزوجها بغير شهود ، قال أنس بن مالك (رض) « اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم جارية بسبعة قروش ، فقال الناس ماندري أتزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم أم جعلها أم ولد ؟ فلما أن أراد أن يركب حجبها فعلموا أنه تزوجها » متفق عليه قال فاستدلوا على تزويجها بالحجاب ، وقال يزيد بن هارون : أمر الله تعالى بالاشهاد في البيع دون النكاح فاشترط أصحاب الرأي الشهادة للنكاح ولم يشترطوها للبيع ووجه الاولى أنه قد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل » رواه الخلال بإسناده .

وروى الدارقطني عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : لابد في النكاح من أربعه : الولي والزوج والشاهدان ولانه يتعلق به حق غير المتعاقدين وهو الولد فاشترطت الشهادة فيه لئلا يجحده أبوه فيضيع نسبه بخلاف البيع ، فأما نكاح النبي صلى الله عليه وسلم بغير ولي وغير شهود فمن خصائصه في النكاح فلا يلحق به غيره .

الفصل الثالث : أنه لا ينعقد إلا بشهادة مسلمين سواء كان الزوجان مسلمين أو الزوج وحده . نص عليه أحمد وهو قول الشافعي ، وقال أبو حنيفة إذا كانت المرأة ذمية صح بشهادة ذميين .

قال أبو الخطاب : ويتخرج لنا مثل ذلك مبنياً على الرواية التي تقول بقبول شهادة بعض أهل الذمة على بعض . ولنا قوله عليه السلام « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » ولأنه نكاح مسلم فلم ينعقد بشهادة ذميين كنكاح المسلمين .

(فصل)

فأما الفاسقان ففي انعقاد النكاح بشهادتهما روايتان :

إحداهما : لا ينعقد وهو مذهب الشافعي للخبر ولان النكاح لا يثبت بشهادتهما فلم ينعقد بحضورهما كالمجنونين .

والثانية : ينعقد بشهادتهما . وهو قول أبي حنيفة لأنها تحمل فصحت من الفاسق كسائر التحملات وعلى كلتا الروايتين لا يعتبر حقيقة العدالة بل ينعقد بشهادة مستوري الحال لان النكاح يكون في القرى والبادية وبين عامة الناس ممن لا يعرف حقيقة العدالة ، فاعتبار ذلك يشق فاكتفي بظاهر الحال ، وكون الشاهد مستوراً لم يظهر فسقه فإن تبين بعد العقد أنه كان فاسقا لم يؤثر ذلك في العقد لان الشرط العدالة ظاهراً ، وهو أن لا يكون ظاهر الفسق وقد تحقق ذلك ، وقيل تتبين أن النكاح كان فاسداً لعدم الشرط وليس بصحيح لانه لو كانت العدالة في الباطن شرطا لوجب الكشف عنها لأنه مع الشك فيها يكون مشكوكا في شرط النكاح فلا ينعقد ولا تحل المرأة مع الشك في صحة نكاحها ، وان حدث الفسق فيهما لم يؤثر في صحة النكاح لأن الشرط انما يعتبر حالة العقد ولو أقر رجل وامرأة أنهما نكحا بولي وشاهدي عدل قبل قولهما وثبت النكاح باقرارهما .

(فصل) ولا ينعقد بشهادة رجل وامرأتين : وهذا قول النخعي والاوزاعي والشافعي ، وعن أحمد أنه قال : اذا تزوج بشهادة نسوة لم يجز ، وان كان معهن رجل فهو أهون فيحتمل أن هذا رواية أخرى في انعقاده بذلك ، وهو قول أصحاب الرأي ويروى عن الشعبي لانه عقد معاوضة فانعقد بشهادتهن مع الرجال كالبيع

ولنا أن الزهرى قال مضت السنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا يجوز شهادة النساء فى الحدود ولا فى النكاح ولا فى الطلاق رواه أبو عبيد فى الأموال وهذا ينصرف إلى سنة النبي صلى الله عليه وسلم ، ولأنه عقد ليس بمال ولا المقصود منه المال ويحضره الرجال فى غالب الأحوال فلا يثبت بشهادتهن كالحدود وبهذا فارق البيع : ويحتمل أن أحمد إنما قال هو أهون لوقوع الخلاف فيه فلا يكون رواية .

(فصـــل)

ولا ينعقد بشهادة صبيين لأنهما ليسا من أهل الشهادة ، ويحتمل أن ينعقد بشهادة مراهقين عاقلين ولا ينعقد بشهادة مجنونين ولا سائر من لا شهادة له لأن وجوده كالعدم ، ولا ينعقد بشهادة أصمين لأنهما لا يسمعان ، ولا أخرسين لعدم إمكان الأداء منهما وفى انعقاده بحضور أهل الصنائع الزرية كالحجام ونحوه وجهان بناء على قبول شهادتهم وفى انعقاده بشهادة عدوين أو ابنى الزوجين أو أحدهما وجهان .

أحدهما ينعقد ، اختاره أبو عبد الله بن بطة لعموم قوله « إلا بولى وشاهدى عدل » ولأنه ينعقد بهما نكاح غير هذا الزوج فانعقد بهما نكاحه كسائر العدول .

والثانى . لا ينعقد بشهادتهما لأن العدو لا تقبل شهادته على عدوه والابن لا تقبل شهادته لوالده .

(فصل) وينعقد بشهادة عبدين ، وقال أبو حنيفة والشافعى لا ينعقد ، ومبنى الخلاف على قبول شهادتهما فى سائر الحقوق ونذكره فى موضعه إن شاء الله تعالى وينعقد بشهادة ضريرين وللشافعية وجهان فى ذلك .

ولنا أنها شهادة على قول فصحت من الأعمى كالشهادة بالاستفاضة وإنما ينعقد بشهادتهما إذا تيقن الصوت وعلم صوت المتعاقدين على وجه لا يشك فيهما كما يعلم ذلك من يراهما وإلا فلا .

(فصل) وإذا تزوجت المرأة تزويجا فاسداً لم يجز تزويجها لغير من تزوجها حتى يطلقها أو يفسخ نكاحها وإذا امتنع من طلاقها فسخ الحاكم نكاحه ، نص عليه أحمد .

وقال الشافعي : لا حاجة الى فسخ ولا طلاق لانه نكاح غير منعقد أشبه النكاح فى العدة .

ولنا أنه نكاح يسوغ فيه الاجتهاد فاحتيج فى التفريق فيه الى ايقاع فرقة كالصحيح المختلف فيه ، ولان تزويجها من غير تفريق يفضي الى تسليط زوجين عليها كل واحد منهما يعتقد أن نكاحه الصحيح ونكاح الآخر الفاسد ، ويفارق النكاح الباطل من هذين الوجهين ، واذا زوجت بآخر قبل التفريق لم يصح الثانى أيضاً ولم يجز تزويجها الثالث حتى يطلق الاولان أو يفسخ نكاحهما ، ومتى فرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها لانه عقد فاسد لم يتصل به قبض فلم يجب به عوض كالبيع الفاسد ، وان كان التفريق بعد الدخول فلها المهر بدليل قوله عليه السلام « فلها المهر بما استحل من فرجها » وان تكرر الوطء فالمهر واحد للحديث ، ولانه اصابة فى عقد فاسد أشبه الاصابة فى عقد صحيح .

(فصل) والواجب لها مهر مثلها ، أومأ اليه أحمد فانه قال فى العبد . يتزوج بغير اذن سيده يعطى شيئا ، قال القاضي . يعنى مهر المثل وهو ظاهر قول الخرقى لقوله : اذا زوج الوليان فالنكاح للأول منهما فإن دخل بها الثانى فلها مهر مثلها وهذا مذهب الشافعي ، والمنصوص عن أحمد أن لها المسمى لان فى بعض ألفاظ حديث عائشة « ولها الذى أعطاها بما أصاب منها » .

قال القاضي : حدثناه أبو بكر البرقانى وأبو محمد الخلال بإسنادهما ، وقال أبو حنيفة الواجب الاقل من المسمى أو مهر المثل لانها ان رضيت بدون مهر مثلها فليس لها أكثر منه كالعقد الصحيح ، وان كان المسمى أكثر لم يجب الزائد لانه بغير عقد صحيح .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « فلها المهر بما استحل من فرجها » فجعل لها المهر المميز بالإصابة ، والاصابة انما توجب مهر المثل ولان العقد ليس بموجب بدليل الخبر ، وأنه لو طلقها قبل مسها لم يكن لها شيء ، واذا لم يكن موجبا كان وجوده كعدمه وبقى الوطء موجبا بمفرده فأوجب مهر المثل كوطء الشبهة ، ولان التسمية لو فسدت لوجب مهر المثل فإذا فسد العقد من أصله كان أولى ، وقول

أبي حنيفة انها رضيت بدون صداقها انما يصح اذا كان العقد هو الموجب ، وقد بينا أنه انما يجب بالاصابة فيجب مهر المثل كاملا كوطء الشبهة .

(فصل) ولا يجب لها بالخلوة شيء في قول أكثر أهل العلم لان النبي صلى الله عليه وسلم جعل لها المهر بما استحل من فرجها يعني أصاب ولم يصبها ، والمنصوص عن أحمد أن المهر يستقر بالخلوة قياسا على العقد الصحيح وبناء على أن الواجب المسمى بالعقد وقد ذكرنا ذلك .

فصل

ولا حد في وطء النكاح الفاسد سواء اعتقد حله أو حرمته ، وعن أحمد ما يدل على أنه يجب الحد بالوطء في النكاح بلا ولي اذا اعتقد حرمته ، وهو اختيار السمرقندي من أصحاب الشافعي لما روى الدارقطني باسناده عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها ، ان الزانية هي التي تزوج نفسها » وباسناده عن الشعبي قال : ما كان أحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم أشد في النكاح بغير ولي من علي رضي الله عنه كان يضرب فيه .

وروى الشالنجي باسناده عن عكرمة بن خالد أن الطريق جمعت ركبا فيه امرأة ثيب فخطبها رجل فأنكحها رجل وهو غير ولي بصداق وشهود فلما قدموا على عمر رضي الله عنه رفع اليه أمرهما ففرق بينهما وجلد الناكح والمنكح .

ولنا أن هذا مختلف في اباحته فلم يجب به الحد كالنكاح بغير شهود ، ولان الحد يدرأ بالشبهات والاختلاف فيه أقوى الشبهات وتسميتها زانية يجوز بدليل أنه سماها بذلك بمجرد العقد ، وعمر جلدهما أدبا وتعزيرا ولذلك جلد المنكح ولم يجلد المرأة، وجلدهما بمجرد العقد مع اعتقادهما حله وكذلك حديث علي، على أن حديث علي حجة على من أوجب الحد فيه فان عليا أشد الناس فيه وقد انتهى الامر الى الجلد فدل على أن سائر الناس والصحابة لم يروا فيه جلداً . فان قيل فقد أوجبتم الحد على شارب النبيذ مع الاختلاف فيه . قلنا هو مفارق لمسألتنا بدليل انا نحد من اعتقد حله ولان يسير النبيذ يدعو الى كثيره المتفق على تحريمه ، وهذا المختلف فيه يغني عن الزنا المجمع على تحريمه فافترقا ، فاذا ثبت هذا فان من اعتقد حله ليس

عليه اثم ولا أدب لأنه من مسائل الفروع المختلف فيها ، ومن اعتقد حرمته أثم وأدب . وان أتت بولد منه لحقه نسبه فى الحالين .

(فصل) فأما الأنكحة الباطلة كنكاح المرأة المزوجة أو المعتدة أو شبهه فإذا علما الحل والتحريم فهما زانيان وعليهما الحد ولا يلحق النسب فيه .

(فصل) ويساوى الفاسد الصحيح فى اللعان اذا كان بينهما ولد يريد نفيه عنه لكون النسب لاحقا به فإن لم يكن ولد فلا لعان بينهما لعدم الحاجة اليه ، وتجب العدة بالخلوة فيه وعدة الوفاة بالموت فيه والاحداد وكل ذلك احتياطا لها . ويفارق الصحيح فى أنه لا يثبت التوارث ولا تحصل به الإباحة للمتزوج ولا تحل للزوج المطلق ثلاثا بالوطء فيه ولا يحصل الإحصان بالوطء فيه ولا يثبت حكم الايلاء باليمين فيه ولا يحرم الطلاق فيه فى زمن الحيض .

« مسألة » قال (وأحق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها)

انما قيد المرأة بالحرة ههنا لأن الأمة لا ولاية لأبيها عليها وانما وليها سيدها بغير خلاف علمناه ، وأما المرأة الحرة فأولى الناس بتزويجها أبوها ولا ولاية لأحد معه ، وبهذا قال الشافعى وهو المشهور عن أبى حنيفة . وقال مالك والعنبرى وأبو يوسف واسحاق وابن المنذر الابن أولى وهو رواية عن أبى حنيفة ، لأنه أولى منه بالميراث وأقوى تعصيبا ولهذا يرث بولاء أبيه دون جده .

ولنا أن الولد موهوب لابيه قال الله تعالى (ووهبنا له يحيى) وقال زكريا (رب هب لى من لدنك ذرية طيبة) وقال (فهب لى من لدنك وليا) وقال ابراهيم (الحمد لله الذى وهب لى على الكبر اسماعيل واسحاق) وقال صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لابيك » واثبات ولاية الموهوب له على الهبة أولى من العكس ، ولان الاب أكمل نظراً وأشد شفقة فوجب تقديمه فى الولاية كتقديمه على الجد ، ولان الاب يلى ولده فى صغره وسفهه وجنونه فيليه فى سائر ما ثبتت الولاية عليه فيه بخلاف ولاية الابن ولذلك اختص بولاية المال وجاز له أن يشترى لها من ماله وله من مالها اذا كانت صغيرة بخلاف غيره ، ولان الولاية احتكام واحتكام الاصل على فرعه أولى من العكس ، وفارق الميراث فانه

لا يعتبر له النظر ولهذا يرث الصبي والمجنون وليس فيه احتكام ولا ولاية على الموروث بخلاف ما نحن فيه .

« مسألة » قال (ثم أبوه وإن علا)

يعني أن الجد أب الاب وإن علت درجته فهو أحق بالولاية من الابن وسائر الاولياء وهو قول الشافعي ، وعن أحمد رواية أخرى أن الابن مقدم على الجد وهو قول مالك ومن وافقه لما تقدم .

وعن أحمد رواية ثالثة أن الاخ يقدم على الجد وهو قول مالك لان الجد يدلي بأبوة الاب والاخ يدلي ببنوة والبنوة مقدمة ، وعن أحمد أن الجد والاخ سواء لاستوائهما في الميراث بالتعصيب فاستويا في القرابة فوجب أن يستويا في الولاية كالاخوين ولانهما عصبتان لا يسقط أحدهما بالآخر فاستويا في الولاية كالاخوين .

ولنا أن الجد له ايلاد وتعصيب فيقدم عليهما كالاب ، ولان الابن والاخ يقادان بها ويقطعان بسرقة مالها والجد بخلافه لا يسقط في الميراث إلا بالاب والاخ يسقط به وبالابن وابنه ، وإذا ضاق المال وفي المسألة جد وأخ سقط الاخ وحده فوجب تقديمه عليهما كالاب ولتقدمه على العم وسائر العصبات ، اذا ثبت هذا فالجد وان علا أولى من جميع العصبات غير الاب وأولى الاجداد أقربهم وأحقهم في الميراث .

« مسألة » قال (ثم ابنها وابنه وان سفل)

وجملته أنه متى عدم الاب وآباؤه فأولى الناس بتزويج المرأة ابنها ثم ابنه بعده وان نزلت درجته الاقرب فالاقرب منهم وبه قال أصحاب الرأي ، وقال الشافعي لا ولاية للابن الا أن يكون ابن عم أو مولى أو حاكما فيلي بذلك لا بالبنوة ، لانه ليس بمناسب لها فلا يلي نكاحها كخالها ، ولان طبعه ينفر من تزويجها فلا ينظر لها .

ولنا ما روت أم سلمة رضي الله عنها أنها لما انقضت عدتها ، أرسل اليها

رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطبها ، فقالت يارسول الله ليس أحد من أوليائى شاهدا . قال ليس من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك،فقالت قم ياعمرو فزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم فزوجه ، رواه النسائى

قال الأثرم قلت لأبي عبد الله لحديث عمرو بن أبي سلمة حين تزوج النبي صلى الله عليه وسلم أمه أم سلمة أليس كان صغيرا ، قال ومن يقول كان صغيرا ليس فيه بيان ولأنه عدل من عصبتها فثبت له ولاية تزويجها كأخيها ، وقولهم ليس بمناسب لها يبطل بالحاكم والمولى ، وقولهم ان طبعه ينفر من تزويجها . قلنا هذا معارض فى الفرع ليس له أصل ، ثم يبطل بما اذا كان ابن عم أو مولى أو حاكما . اذا ثبت هذا فإنه يقدم على الاخ ومن بعده بغير خلاف نعلمه عند من يقول بولايته لأنه أقوى منه تعصيبا وقد استويا فى عدم الايلاد .

« مسألة » قال (ثم أخوها لأبيها وأمها)

لا خلاف بين أهل العلم فى تقديم الأخ بعد عمودى النسب لكونه أقرب العصبات بعدهم فإنه ابن الأب وأقواهم تعصيبا وأحقهم بالميراث .

« مسألة » قال (والأخ للأب مثله)

اختلفت الروايه عن أحمد فى الأخ للأبوين والاخ للأب اذا اجتمعا فالمشهور عنه أنهما سواء فى الولاية ، وبه قال أبو ثور والشافعى فى القديم لانهما استويا فى الإدلاء بالجهة التى تستفاد منها العصوبة وهى جهة الاب فاستويا فى الولاية كما لو كانا من أب وانما يرجح الاخ فى الميراث بجهة الام ولا مدخل لها فى الولاية فلم يرجح بها كالعمين أحدهما خال وابنى عم أحدهما أخ من أم .

والرواية الثانية : الاخ من الابوين أولى واختارها أبو بكر ، وهذا قول أبي حنيفه ومالك والشافعى فى الجديد وهو الصحيح ان شاء الله ، ولانه حق يستفاد بالتعصيب فقدم فيه الاخ من الابوين كالميراث وكاستحقاق الميراث بالولاء فإنه لامدخل للنساء فيه ، وقد قدم الاخ من الابوين فيه ، وبهذا يبطل ماذكرناه للرواية الاولى . وهكذا الخلاف فى بنى الاخوة والاعمام وبنيهم ، فأما اذا كانا ابنا عم لأب أحدهما أخ لأم فهما سواء لأنهما استويا فى التعصيب والارث به .

وقال القاضي : فيهما من الخلاف مثل ما في ابن عم من أبوين وابن عم من أب لأنه يرجح بجهة أمه ، وليس كذلك لأن جهة أمه يرث بها منفردة ، وما ورث به منفرداً لم يرجح به ، ولذلك لم يرجح به في الميراث بالولاء ولا في غيره ، فعلى هذا إذا اجتمع ابن عم من أبوين وابن عم من أب هو أخ من أم فالولاية لابن العم من الأبوين عند من يرى تقديم ولد الأبوين

« مسألة » قال (ثم أولادهم وإن سفلوا ثم العمومة ثم أولادهم وإن سفلوا ثم عمومة الأب)

وجملته أن الولاية بعد من ذكرنا تترتب على ترتيب الارث بالتعصيب فأحقهم بالميراث أحقهم بالولاية فأولاهم بعد الآباء بنو المرأة ثم بنوهم وان سفلوا ثم بنو أبيها وهم الأخوة ثم بنوهم وإن سفلوا ثم بنو جدها وهم الأعمام ثم بنوهم وإن سفلوا ثم بنو جد الاب وهم أعمام الأب ثم بنوهم وإن سفلوا ثم بنو جد الجد ثم بنوهم ، وعلى هذا لا يلي بنو أب أعلى مع بني أب أقرب منه وإن نزلت درجتهم ، وأولى ولد كل أب أقربهم إليه ، لأن مبنى الولاية على النظر والشفقه ، وذلك معتبر بمظنته وهي القرابة ، فأقربهم أشفقهم ، ولا نعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم .

(فصل) ولا ولاية لغير العصبات من الاقارب كالاخ من الام والخال وعم الام والجد أب الام ونحوهم ، نص عليه احمد في مواضع ، وهو قول الشافعي وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة . والثانية : إن كل من يرث بفرض أو تعصيب يلي لانه من أهل ميراثها فوليها كعصباتها

ولنا ما روى عن علي أنه قال « اذا بلغ النساء نص الحقائق فالعصبة أولى اذا أدركن » رواه أبو عبيد في الغريب ، ولانه ليس من عصباتها فأشبه الاجنبي .

« مسألة » قال (ثم المولى المنعم ثم أقرب عصبته به)

لا خلاف نعلمه في أن المرأة اذا لم يكن لها عصبة من نسبها أن مولاها يزوجها ولا في أن عصبة المناسب أولى منه ، وذلك لانه عصبة مولاته يرثها ويعقل عنها

عند عدم عصباتها فلذلك يزوجها ، وقدم عليه المناسبون كما قدموا عليه فى الارث والعقل فإن عدم المولى أو لم يكن من أهل الولاية كالمرأة والطفل والكافر فعصباته الاقرب منهم فالاقرب على ترتيب الميراث ثم مولى المولى ثم عصباته من بعده كالميراث سواء . فإن اجتمع ابن المعتق وأبوه فالابن أولى لأنه أحق بالميراث وأقوى فى التعصيب . وانما قدم الاب المناسب على الابن المناسب لزيادة شفقته وفضيلة ولادته ، وهذا معدوم فى أبى المعتق فرجع به الى الاصل

« مسألة » قال (ثم السلطان)

لا نعلم خلافاً بين أهل العلم فى ان للسلطان ولاية تزويج المرأة عند عدم أوليائها أو عضلهم ، وبه يقول مالك والشافعى واسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأى والاصل فيه قول النبى صلى الله عليه وسلم « فالسلطان ولى من لا ولى له » وروى أبو داود بإسناده عن أم حبيبة « ان النجاشى زوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت عنده » ولأن للسلطان ولاية عامة بدليل انه يلى المال ويحفظ الضوال فكانت له الولاية فى النكاح كالاب

(فصل)

والسلطان ههنا هو الامام او الحاكم او من فوضا اليه ذلك . واختلفت الرواية عن احمد فى والى البلد ، فقال فى موضع يزوج والى البلد ، وقال فى الرستاق يكون فيه الوالى وليس فيه قاض يزوج اذا احتاط لها فى المهر والكفء ارجو ان لا يكون به بأس لأنه ذو سلطان فيدخل فى عموم الحديث

وقال فى موضع آخر فى المرأة : اذا لم يكن لها ولى فالسلطان المسلط على الشىء القاضى يقضى فى الفروج والحدود والرجم . وصاحب الشرطة انما هو مسلط فى الادب والجناية . وقال : ما للوالى ولاية انما هو القاضى ، وتأول القاضى الرواية الاولى على ان الوالى اذن له فى التزويج . ويحتمل انه جعل له ذلك اذا لم يكن فى موضع ولايته قاض فكأنه قد فوض اليه النظر فيما يحتاج اليه فى ولايته وهذا منها

(فصل) واذا استولى اهل البغى فى بلد جرى حكم سلطانهم وقاضيهم فى

ذلك يجرى الامام وقاضيه لأنه أجرى مجراه فى قبض الصدقات والجزية والخراج والأحكام فكذلك فى هذا

(فصل) واختلفت الرواية فى المرأة تسلم على يد رجل ، فقال فى موضع : لا يكون ولياً لها ولا يزوج ، يأتى السلطان لأنه ليس من عصباتها ولا يعقل عنها ولا يرثها فأشبه الأجنبى ، وقال فى رواية اخرى فى امرأة أسلمت على يد رجل يزوجها هو ، وهو قول إسحاق . وروى عن ابن مسعود انه لا يفعل ذلك حتى يأتى السلطان ، وعن الحسن انه كان لا يرى بأسا ان يزوجها نفسه ، ولما روى أبو داود بإسناده عن تميم الدارى أنه قال « يارسول الله ما السنة فى الرجل يسلم على يد الرجل من المسلمين ؟ قال : هو أولى الناس بمحياه ومماته » إلا أن هذا الحديث ضعفه أحمد وقال : رواية عبد العزيز ، يعنى ابن عمر بن عبد العزيز وليس هو من أهل الحفظ والاتقان .

(فصل) فإن لم يوجد للمرأة ولى ولا ذو سلطان فعن أحمد مايدل على انه يزوجها رجل عدل بإذنها فإنه قال فى دهقان قرية يزوج من ولى لها إذا احتاط لها فى الكفء والمهر إذا لم يكن فى الرستاق قاض ، قال ابن عقيل أخذ قوم من أصحابنا من هذه الرواية . أن النكاح لايقف على ولى . قال وقال القاضى منصوص أحمد يمنع من ذلك ، والصحيح أن هذا القول مختص بحال عدم الولى والسلطان لأنه شرط أن لا يكون فى الرستاق قاض . ووجه ذلك أن اشتراط الولى ههنا يمنع النكاح بالكلية فلم يجز كاشتراط المناسب فى حق من لا مناسب لها ، وروى أنه لا يجوز النكاح إلا بولى لعموم الأخبار فيه .

« مسألة » قال (ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه وان كان حاضراً)

وجملة ذلك : أنه يجوز التوكيل فى النكاح سواء كان الولى حاضراً أو غائبا مجبراً أو غير مجبر ، لأنه روى عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه وكل أبا رافع فى تزويجه ميمونة ووكل عمرو بن أمية فى تزويجه أم حبيبه » ولانه عقد معاوضة فجاز التوكيل فيه كالبيع ، ولاصحاب الشافعى فى توكيل غير الاب والجد وجهان .

أحدهما : لا يجوز لانه يلى بالاذن فلم يجز التوكيل له كالوكيل .

ولنا أنه يلي شرعا فكان له التوكيل كالاب ولا يصح قولهم أنه يلي بالاذن فإن ولايته ثابتة قبل إذنها ، وإنما اذنها شرط لصحة تصرفه ، فأشبه ولاية الحاكم عليها ، ولا خلاف فى أن للحاكم أن يستنيب فى التزويج من غير اذن المرأة ولان المرأة لاولاية لها على نفسها فكيف لنائبها من قبلها ؟

(فصـــل)

ويجوز التوكيل مطلقا ومقيداً ، فالمقيد التوكيل فى تزويج رجل بعينه والمطلق التوكيل فى تزويج من يرضاه أو من يشاء . قال احمد رحمه الله فى رواية عبد الله فى الرجل يولى على أخته وابنته ، يقول اذا وجدت من ترضاه فزوجها فتزويجه جائز ، ومنع بعض الشافعية التوكيل المطلق ولا يصح ، فإنه روى ان رجلا من العرب ترك ابنته عند عمر وقال ، إذا وجدت لها كفؤا فزوجه اياها ولو بشراك نعله ، فزوجها عمر من عثمان بن عفان رضى الله عنه ، فهى أم عمرو بن عثمان ، واشتهر ذلك فلم ينكر ، ولأنه اذن فى النكاح فجاز مطلقا كإذن المرأة او عقد فجاز التوكيل فيه مطلقا والله اعلم

(فصل) ولا يعتبر فى صحة الوكاله اذن المرأة فى التوكيل ، سواء كان الموكل أبا او غيره ، ولا يفتقر الى حضور شاهدين . وقال بعض الشافعية : لا يجوز لغير المجبر التوكيل الا بإذن المرأة ، وخرجه القاضى على الروايتين فى توكيل الوكيل من غير اذن الموكل ؛ وحكى عن الحسن بن صالح انه لا يصح الا بحضرة شاهدين لأنه يراد لحل الوطء فافتقر الى الشهادة كالنكاح

ولنا انه اذن من الولى فى التزويج فلم يفتقر الى اذن المرأة ولا الى اشهاد كإذن الحاكم . وقد بينا أن الولى ليس بوكيل للمرأة ، وهذا التوكيل لا يملك به البضع فلم يفتقر الى اشهاد بخلاف النكاح ويبطل ماذكره الحسن بن صالح بالتسرى

(فصل) ويثبت للوكيل ما يثبت للموكل وان كان للولى الاجبار ثبت ذلك لوكيله . وان كانت ولايته ولاية مراجعة احتاج الوكيل الى اذنها ومراجعتها لانه نائب فيثبت له مثل ما ثبت لمن ينوب عنه . وكذلك الحكم فى السلطان والحاكم يأذن لغيره فى التزويج فيكون المأذون له قائما مقامه

فصـــل

واختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله هل تستفاد الولاية فى النكاح بالوصية ؟ فروى أنها تستفاد بها وهو اختيار الخرقى لقوله : أو وصى ناظراً له فى التزويج . وهو قول الحسن وحماد بن أبى سليمان ومالك وعنه لا تستفاد بالوصية ، وبه قال الثورى والشعبى والنخعى والحارث العكلى وأبو حنيفة والشافعى وابن المنذر ، لأنها ولاية تنتقل إلى غيره شرعا فلم يجز أن يوصى بها كالحضانة . ولأنه لا ضرر على الوصى فى تضييعها ووضعها عند من لا يكافئها فلم تثبت له الولاية كالأجنبى ، ولانها ولاية نكاح فلم تجز الوصية بها كولاية الحاكم ، وقال أبو عبد الله بن حامد إن كان لها عصبة لم تجز الوصية بنكاحها لانه يسقط حقهم بوصيته وإن لم يكن عصبة جاز لعدم ذلك .

ولنا أنها ولاية ثابتة للأب فجازت وصيته بها كولاية المال ، ولانه يجوز أن يستنيب فيها فى حياته فيكون نائبه قائما مقامه بعد موته فجاز أن يستنيب فيها كولاية المال وما ذكروه يبطل بولاية المال ، فعلى هذا لا يصير وصيا فى النكاح بالوصية إليه فى المال لانها إحدى الولايتين فلم يملكها بالوصية كالوصية الاخرى قياسا على وصية المال لا تملك بالوصية فى النكاح .

(فصل) فعلى هذا تجوز الوصية بالنكاح من كل ذى ولاية سواء كان مجبراً كالاب أو غير مجبر كغيره ووصى كل ولى يقوم مقامه ، فإن كان الولى له الاجبار فكذلك وصيه ، وإن كان يحتاج إلى اذنها فوصيه كذلك لانه يقوم مقامه فهو كالوكيل ، وقال مالك إن عين الاب الزوج ملك الوصى إجبارها صغيرة كانت أو كبيرة ، وإن لم يعين الزوج وكانت بنته كبيرة صحت الوصية واعتبر إذنها ، وإن كانت صغيرة انتظرنا بلوغها فإذا أذنت جاز أن يزوجها بإذنها .

ولنا أن من ملك التزويج إذا عين له الزوج ملك مع الاطلاق كالوكيل ، ومتى زوج وكيل الاب الصغيرة فبلغت فلا خيار لها لان الوصى قائم مقام الموصى فلم يثبت فى تزويجه خيار كالوكيل .

(مسألة ، قال (وإذا كان الاقرب من عصبتها طفلا أو كافراً أو عبداً زوجها الأبعد من عصبتها)

وجملة ذلك : أن الولاية لا تثبت لطفل ولا عبد ولا كافر على مسلمة بحال فعند ذلك يكون وجودهم كالعدم فتثبت الولاية لمن هو أبعد منهم كما لو ماتوا وتعتبر لثبوت الولاية لمن سميناسته شروط : العقل والحرية والإسلام والذكورية والبلوغ والعدالة على اختلاف نذكره . فأما العقل فلا خلاف فى اعتباره لان الولاية إنما تثبت نظراً للمولى عليه عند عجزه عن النظر لنفسه ومن لا عقل له لا يمكنه النظر ولا يلى نفسه فغيره أولى . وسواء فى هذا من لا عقل له لصغره كطفل ، ومن ذهب عقله بجنون أو كبر كالشيخ اذا أفند .

قال القاضى : والشيخ الذى قد ضعف لكبره فلا يعرف موضع الحظ لها لا ولاية له . فأما الاغماء فلا يزيل الولاية لانه يزول عن قرب فهو كالنوم ولذلك لا تثبت الولاية عليه ويجوز على الانبياء عليهم السلام . ومن كان يجن فى الاحيان لم تزل ولايته لانه لا يستديم زوال عقله فهو كالاغماء .

الشرط الثانى : الحرية ، فلا ولاية لعبد فى قول جماعة أهل العلم فإن العبد لا ولاية له على نفسه فعلى غيره أولى ، وقال أصحاب الرأى يجوز أن يزوجها العبد باذنها بناء على أن المرأة تزوج نفسها ، وقد مضى الكلام فى هذه المسألة .

الشرط الثالث : الإسلام ولا يثبت لكافر ولاية على مسلمة وهو قول عامة أهل العلم أيضا . قال ابن المنذر أجمع عامة من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا ، قال أحمد بلغنا أن عليا أجاز نكاح الاخ ورد نكاح الاب وكان نصرانيا .

الشرط الرابع : الذكوريه شرط للولايه فى قول الجميع لانه يعتبر فيها الكمال ، والمرأة ناقصة قاصرة تثبت الولايه عليها لقصورها عن النظر لنفسها فلا تثبت لها ولاية على غيرها أولى .

الشرط الخامس : البلوغ شرط فى ظاهر المذهب ، قال أحمد : لا يزوج الغلام حتى يحتلم ليس له أمر . وهذا قول أكثر أهل العلم منهم الثورى والشافعى واسحاق وابن المنذر وأبو ثور ، وعن أحمد روايه أخرى : أنه اذا بلغ عشراً زوج وتزوج وطلق وأجيزت وكالته فى الطلاق وهذا يحتمله كلام الخرقى لتخصيصه المسلوب الولايه بكونه طفلا ووجه ذلك أنه يصح بيعه ووصيته فى طلاقه فثبت له الولايه كالبالغ والاول اختيار أبى بكر وهو الصحيح لان الولايه يعتبر لها كمال الحال لانها تتقيد

بالتصرف فى حق غيره اعتبرت نظراً له ، والصبي مولى عليه لقصوره فلا تثبت له الولاية كالمرأة .

الشرط السادس . العدالة ، وفى كونها شرطا روايتان .

احداهما . هي شرط ، قال أحمد اذا كان القاضي مثل ابن الخلجي وابن الجعدي استقبل النكاح ، فظاهر هذا أنه أفسد النكاح لانتفاء عدالة المولى له ، وهذا قول الشافعي وذلك لما روى عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال « لا نكاح الا بولى مرشد وشاهدى عدل » قال أحمد : أصح شيء فى هذا قول ابن عباس ، وقد روى عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا نكاح الا بولى وشاهدى عدل ، وأيما امرأة أنكحها ولى مسخوط عليه فنكاحها باطل » وروى عن أبى بكر البرقاني باسناده عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا نكاح الا بولى مرشد وشاهدى عدل » ، ولانها ولاية نظرية فلا يستبد بها الفاسق كولاية المال ، والرواية الاخرى ليست بشرط .

نقل مثنى بن جامع أنه سأل أحمد : اذا تزوج بولى فاسق وشهود عدول ؟ فلم ير أنه يفسد من النكاح شيء ، وهذا ظاهر كلام الخرقى لانه ذكر الطفل والعبد والكافر ولم يذكر الفاسق ، وهو قول مالك وأبى حنيفة وأحد قولى الشافعي ، لانه يلى نكاح نفسه فتثبت له الولاية على غيره كالعدل ، ولان سبب الولاية القرابة وشرطها النظر وهذا قريب ناظر فيلى كالعدل .

(فصل) ولا يشترط أن يكون بصيراً لان شعيبا عليه السلام زوج ابنته وهو أعمى ، ولان المقصود فى النكاح يعرف بالسماع والاستفاضة فلا يفتقر الى النظر ولا يشترط كونه ناطقا بل يجوز أن يلى الاخرس اذا كان مفهوم الاشارة لان اشارته تقوم مقام نطقه فى سائر العقود والاحكام فكذلك فى النكاح .

(فصل) ومن لم تثبت له الولاية لم يصح توكيله لان وكيله نائب عنه وقائم مقامه ، وان وكله الوالى فى تزويج موليته لم يجز لانها ولاية وليس هو من أهلها ولانه لما لم يملك تزويج مناسبته بولاية النسب فلأن لا يملك تزويج مناسبة غيره بالتوكيل أولى ، ويحتمل أن يصح توكيل العبد والفاسق والصبي المميز فى العقد

لانهم من أهل اللفظ بالعقد وعبارتهم فيه صحيحة ولذلك صح قبولهم النكاح لانفسهم وإنما سلبوا الولاية نفسها لانه يعتبر لها الكمال ولا حاجة اليه فى اللفظ به ، فأما ان وكله الزوج فى قبول النكاح له أو وكله الاب فى قبول النكاح لابنه الصغير فقال : أصحابنا لا يصح لانه أحد طرفى العقد فلم يجز توكيله فيه كالايجاب ويحتمل جواز توكيل من ذكرناه فيه لانهم من أهله ويصح قبولهم النكاح لانفسهم فجاز أن ينوبوا فيه عن غيرهم كالبيع . وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعى فى العبدة

« مسألة » قال (ويزوج أمة المرأة بإذنها من يزوجها)

اختلفت الرواية عن أحمد فيمن يزوج أمة المرأة فروى عنه أنه يلى نكاحها والى سيدتها ، قال القاضى هذا هو الصحيح وهو مذهب الشافعى لان مقتضى الدليل كون الولاية لها فامتنعت فى حقها لقصورها فثبتت لاوليائها كولاية نفسها ولانهم يلونها لو عتقت ففى حال رقها أولى ثم ان كانت سيدتها رشيدة لم يجز تزويج أمتها الا بإذنها لانها مالها ولا يجوز التصرف فى مال رشيد بغير اذنه ، ويعتبر نطقها بذلك وان كانت بكراً لان صماتها انما اكتفى به فى تزويج نفسها لحيائها ولا تستحي من تزويج أمتها ، وان كانت صغيرة أو مجنونة أو سفيهة ولوليها ولاية على مالها فله تزويج أمتها ان كان الحظ فى تزويجها والا فلا يملك تزويجها ، وكذلك الحكم فى أمة ابنه الصغير ، وقال بعض الشافعية ليس له تزويجها بحال لان فيه تغريراً بمال الصغيرة لانها ربما حملت فتلفت

ولنا أن له التصرف بما فيه الحظ ، والتزويج هاهنا فيه الحظ لان الكلام فيه فجاز كسائر التصرفات الجائزة ، واحتمال الحظ مرجوح لما فيه من تحصيل مهرها وولدها وكفاية مؤنتها وصيانتها عن الزنا الموجب للحد فى حقها وبعض قيمتها والمرجوح كالمعدوم ، وان كان وليها فى مالها غير وليها فى تزويجها فولاية تزويجها للولى فى المال دون ولى التزويج لانه هو المتصرف فى المال وهى مال .

الرواية الثانية : أن للمرأة أن تولى أمر أمتها رجلا يزوجها ، نقلها عن أحمد جماعة لان سبب الولاية الملك وقد تحقق فى المرأة وامتنعت المباشرة لنقص الانوثة فملكت التوكيل كالرجل المريض والغائب ، ونقل عن أحمد كلام يحتمل

رواية ثالثة وهو أن سيدتها تزوجها ، فإنه قيل له تزوج أمتها ؟ قال قد قيل ذلك هي مالها وهذا يحتمل أنه ذهب اليه وهو قول أبي حنيفة لأنها مالكة لها وولايتها تامة عليها فملكت تزويجها كالسيد ، ولانها تملك بيعها واجارتها فملكت تزويجها كسيدها ، ولان الولاية انما تثبت على المرأة لتحصيل الكفاية وصيانة لحظ الاولياء في تحصيلها فلا تثبت عليها الولايه في أمتها لعدم اعتبار الكفايه وعدم الحق للأولياء فيها ، ويحتمل أن أحمد قال هذا حكاية لمذهب غيره ، فإنه قال في سياقها أحب الى أن تأمر زوجها لان النساء لا يعقدن وقد ذكرنا في خبر أبي هريرة عن النبي (ص) أنه قال « لا تنكح المرأة المرأة » وقالت عائشة رضي الله عنها « زوجوا فان النساء لا يزوجن ، واعقدوا فان النساء لا يعقدن » ولان المرأة لا تملك أن تزوج نفسها فغيرها أولى .

« مسألة » قال (ويزوج مولاتها من يزوج أمتها)

يعني عتيقتها وهذه فيها روايتان .

احداهما : أن لمولاتها التوكيل في تزويجها رجلا لانها عصبتها وترثها بالتعصيب فأشبهت المعتق ، والثانيه : ولي سيدتها وليها وهي الاصح لان هذه ولايه لنكاح حرة والمرأة ليست من أهل ذلك فيكون الى عصبتها لانهم الذين يعقلون عنها ويرثونها بالتعصيب عند عدم سيدتها فكانوا أوليائها كما لو تعذر على المعتق تزويج معتقته لموت أو جنون ، وقد ذكرنا أنه اذا انقرض العصبه من النسب ولي المولى المعتق ثم عصابته من بعده الاقرب فالاقرب كذا هاهنا الا أن ظاهر كلام الخرقي ههنا تقديم أبي حنيفه المعتقه على ابنها لأنه الذي يزوجها وذكرنا ثم خلاف هذا ويعتبر في ولاته شرطان .

أحدهما : عدم العصبه من النسب لأن المناسب أقرب من المعتق وأولى منه ، الثاني : اذن الزوجه لأنها حرة وليست له ولايه اجبار فانه أبعد العصبات ولا يفتقر الى اذن مولاتها لانها لا ولايه لها ولا ملك فأشبهت قريب الطفل اذا زوج البعيد .

(فصل) واذا كان للأمة مولى فهو وليها وان كان لها موليان فالولاية لهما وليس لواحد منهما الاستقلال بالولاية بغير اذن صاحبه لانه لا يملك الا نصفها

وان اشتجرا لم يكن السلطان أن ينوب عنها لأن تزويجها تصرف في المال بخلاف الحرة فان نكاحها حق لها ونفعه عائد اليها ونكاح الامة حق لسيدها ونفعه عائد اليه فلم يثبت السلطان ولاية عنه فيه فان أعتقها ولها عصبة مناسب فهو أولى منهما ؛ وان لم يكن لها عصبة فهما ولياها ولا يستقل أحدهما بالتزويج لأن ولايته على نصفها ، فإن اشتجرا أمام الحاكم أقام الحاكم مقام الممتنع منهما لأنها صارت حرة وصار نكاحها حقا لها . وان كان المعتق أو المعتقة واحداً وله عصبات في درجة واحدة كالابنين أو الاخوين فلأحدهما الاستقلال بتزويجها كما يملك تزويج سيدتها .

مسألة ، قال (من أراد أن يتزوج امرأة هو وليها جعل أمرها الى رجل يزوجها منه بإذنها)

وجملته : أن ولي المرأة التي يحل له نكاحها وهو ابن العم أو المولى أو الحاكم أو السلطان إذا أذنت له أن يتزوجها فله ذلك وهل له أن يتولى طرفي العقد بنفسه ؟ فيه روايتان .

إحداهما : له ذلك ، وهو قول الحسن وابن سيرين وربيعة ومالك والثوري وأبي حنيفة وإسحاق وأبي ثور وابن المنذر ، لما روى البخاري قال : قال عبدالرحمن ابن عوف لام حكيم ابنة قارظ « أتجعلين أمرك إلي ؟ قالت نعم ، قال قد تزوجتك » ولأنه يملك الإيجاب والقبول لجاز أن يتولاهما كما لو زوج أمته عبده الصغير ولأنه عقد وجد فيه الايجاب من ولي ثابت الولاية والقبول من زوج هو أهل للقبول فصح كما لو وجدا من رجلين .

وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه أعتق صفية وجعل عتقها صداقها » فإن قيل : قد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح . زوج وولي وشاهدان » قلنا هذا لانعلم صحته ؛ وان صح فهو مخصوص بمن زوج أمته عبده الصغير فيخص منه محل النزاع أيضاً ، وهل يفتقر الى ذكر الايجاب والقبول أم يكتفي بمجرد الايجاب ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يحتاج أن يقول زوجت نفسي فلانة وقبلت هذا النكاح لأن ما يفتقر

إلى الايجاب ينتظر الى القبول كسائر العقود ، والثاني : يكفيه أن يقول زوجت نفسي فلانة أو تزوجت فلانة ، وهو قول مالك وأبي حنيفة لحديث عبد الرحمن ابن عوف ولأن إيجابه يتضمن القبول ، فأشبه إذا تقدم الاستدعاء ، ولهذا قلنا إذا قال لأمته قد أعتقتك وجعلت عتقك صداقك ينعقد النكاح بمجرد هذا القول

والرواية الثانية : لا يجوز أن يتولى طرفي العقد ولكن يوكل رجلا يزوجه إياها بإذنها ، قال أحمد رحمه الله في رواية ابن منصور : لا يزوج نفسه حتى يولي رجلا . على حديث المغيرة بن شعبة وهو ما روى أبو داود بإسناده عن عبد الملك ابن عمير « أن المغيرة بن شعبة أمر رجلا زوجه امرأة المغيرة أولى بها منه » ولأنه عقد ملكه بالإذن فلم يجز أن يتولى طرفيه كالبيع ، وبهذا فارق ما إذا زوج أمته عبده الصغير ، وعلى هذه الرواية ان وكل من يقبل له العقد وتولى هو الايجاب جاز .

وقال الشافعي في ابن العم والمولى لا يزوجها الا الحاكم ولا يجوز أن يتولى طرفيه كالبيع ولا أن يوكل من يزوجه لأن وكيله بمنزلته وهذا عقد ملكه بالاذن فلا يتولى طرفيه كالبيع ، ولا يجوز أن يزوجه من هو أبعد منه من الأولياء لأنه لا ولاية لهم مع وجوده .

ولنا ما ذكرناه من فعل الصحابة ولم يظهر خلافه ، ولأن وكيله يجوز أن يلي العقد عليها لغيره فصح أن يليها عليها له إذا كانت تحل له كالامام إذا أراد أن يزوج موليته ، ولأن هذه امرأة ولها ولي حاضر غير عاضل فلم يلها الحاكم كما لو أراد أن يزوجها غيره ، ومفهوم قوله عليه السلام « السلطان ولي من لا ولي له » أنه لا ولاية له على هذه .

(فصل) وإذا أذنت له في تزويجها ولم تعين الزوج لم يجز أن يزوجها نفسه لأن إطلاق الاذن يقتضي تزويجها غيره ويجوز تزويجها لولده لأنه غيره ، فإن زوجها لابنه الكبير قبل لنفسه ، وان زوجها لابنه الصغير ففيه الروايتان في تولي طرفي العقد ، فإن قلنا لا يتولاه فوكل رجلا يزوجها لولده وقبل هو النكاح له افتقر الى اذنها للوكيل على ماقدمنا من أن الوكيل لا يزوجها الا باذنها ، وان وكل رجلا يقبل لولده النكاح وأوجب هو لم يحتج الى اذنها لأنها قد أذنت له

(فصل) وإذا زوج أمته عبده الصغير جاز له أن يتولى طرفي العقد لأنه مالك ذلك بحكم الملك لا بحكم الاذن في قولهم جميعاً ، وان كان مالكا لأحد طرفي العقد فوكله مالك الطرف الآخر فيه أو وكله الولي في الايجاب والزوج في القبول خرج فيه وجهان بناء على الروايتين لأنه ملك ذلك بالاذن وإن زوج بنته الكبيرة[١] عبده الكبير لم يجز ذلك إلا برضاها لأنه لا يكاد يكافئها فيخرج فيه أيضاً وجهان ، وان زوجه ابنته الصغيرة لم يجز لأنه لا يجوز له تزويجها ممن لا يكافئها ، وعنه يجوز وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى .

« مسألة » قال (ولا يزوج كافر مسلمة بحال ، ولا مسلم كافرة إلا أن يكون المسلم سلطانا أو سيد أمة)

أما الكافر فلا ولاية له على مسلمة بحال بإجماع أهـــل العلم منهم مالك والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي ، وقال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، وقال أبو الخطاب في الذمي إذا أسلمت أم ولده هل يلي نكاحها ؟ على وجهين .

أحدهما : يليه لأنها مملوكته فيلي نكاحها كالمســـلم ولأنه عقد عليها فيليه كإجارتها ، والثاني : لا يليه لقول الله تعالى (والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض) ولأنها مسلمة فلا يلي نكاحها كابنته ، فعلى هذا يزوجها الحاكم وهذا أولى لما ذكرنا من الاجماع .

وأما المسلم فلا ولاية له على الكافرة في غير السيد والسلطان وولي سيد الأمة الكافرة وذلك لقول الله تعالى (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) ولأن مختلفي الدين لا يرث أحدهما الآخر ولا يعقل عنه فلم يلِ عليه كما لو كان أحدهما رقيقا وأما سيد الأمة الكافرة فله تزويجها لكافر لكونها لا تحل للمسلمين ؛ وكذلك ولي سيد الأمة الكافرة يلي تزويجها لكافر لأنها ولاية بالمال فلم يمنعها كون سيد الأمة الكافرة مسلماً كسائر الولايات ولأن هذه تحتاج الى التزويج ولا ولي لها غير سيدها ، فأما السلطان فله الولاية على من لا ولي لها من أهل الذمة لأن

(١) في نسخة الصغيرة .

ولايته عامة على أهل دار الاسلام وهذه من أهل الدار فتثبت له الولاية عليها كالمسلمة ، وأما الكافر فتثبت له الولاية على أهل دينه على حسب ما ذكرناه فى المسلمين ، ويعتبر فيهم الشروط المعتبرة فى المسلمين ، ويخرج فى اعتبار عدالته فى دينه وجهان بناء على الروايتين فى اعتبارها فى المسلمين .

(فصل) إذا تزوج المسلم ذمية فوليها الكافر يزوجها إياه، ذكره أبو الخطاب وهو قول أبى حنيفة والشافعى رضى الله عنه لأنه وليها فصح تزويجه لها كما لو زوجها كافراً . ولأن هذه إمرأة ولها ولى مناسب فلم يجز أن يليها غيره كما لو تزوجها ذمى . وقال القاضى : لا يزوجها إلا الحاكم لأن أحمد قال لا يعقد يهودى ولا نصرانى عقد نكاح لمسلم ولا مسلمة ، ووجهه أنه عقد يفتقر الى شهادة مسلمين فلم يصح بولاية كافر كنكاح المسلمين ، والأول أصح : والشهود يرادون لاثبات النكاح عند الحاكم بخلاف الولاية .

« مسألة » قال (وإذا زوجها من غيره أولى منه وهو حاضر ولم يعضلها فالنكاح فاسد)

هذه المسألة تشتمل على أحكام ثلاثة :

أحدها : أنه إذا زوجها الولى الأبعد مع حضور الولى الأقرب فأجابته الى تزويجها من غير إذنه لم يصح ، وبهذا قال الشافعى ، وقال مالك يصح لأن هذا ولى له أن يزوجها بإذنها كالاقرب .

ولنا أن هذا مستحق بالتعصيب فلم يثبت للأبعد مع وجود الاقرب كالميراث وبهذا فارق القريب البعيد .

الحكم الثانى : أن هذا العقد يع فاسد لا يقف على الاجازة ، ولا يصير بالاجازة صحيحاً ، وكذلك الحكم إذا زوج الاجنبى أو زوجت المرأة المعتبر إذنها بغير إذنها ، أو تزوج العبد بغير إذن سيده ، فالنكاح فى هذا كله باطل فى أصح الروايتين ، نص عليه أحمد فى مواضع ، وهو قول الشافعى وأبى عبيد وأبى ثور ، وعن أحمد رواية أخرى : أنه يقف على الإجازة ، فإن أجازه جاز ، وان لم يجزه فسد ، قال أحمد فى صغير زوجه عمه ، فإن رضى به فى وقت من الأوقات جاز ،

وإن لم يرض فسخ ، واذا زوجت اليتيمة فلها الخيار اذا بلغت ، وقال : اذا زوج العبد بغير اذن سيده ثم علم السيد فإن شاء أن يطلق عليه فالطلاق بيد السيد فإن أذن فى التزويج فالطلاق بيد العبد . وهذا قول أصحاب الرأى فى كل مسألة يعتبر فيها الاذن .

وروى ذلك فى النكاح بغير ولى عن على بن أبى طالب ، وعن ابن سيرين والقاسم بن محمد والحسن بن صالح واسحاق وأبى يوسف ومحمد لما روى « أن جارية بكراً أتت النبى صلى الله عليه وسلم فذكرت له أن أباها زوجها وهى كارهة فخيرها النبى صلى الله عليه وسلم » رواه ابو داود وابن ماجه .

وروى ان « فتاة اتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت : ان ابى زوجنى من ابن اخيه ليرفع بى خسيسته . قال فجعل الامر اليها ؛ فقالت قد اجزت ما صنع ابى ولكنى اردت ان اعلم ان للنساء من الامر شيئا » رواه ابن ماجه والنسائى ، وفى رواية ابن ماجه « اردت ان يعلم النساء ان ليس الى الآباء من الامر شيء » ولأنه عقد يقف على الفسخ فوقف على الاجازة كالوصية .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « ايما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل » وقال « اذا نكح العبد بغير اذن سيده فنكاحه باطل » رواه أبو داود وابن ماجه : الا ان ابا داود قال : انه موقوف على ابن عمر ، ولأنه عقد لا تثبت فيه احكامه من الطلاق والخلع واللعان والتوارث وغيرها فلم ينعقد كنكاح المعتدة .

فأما حديث المرأة التى خيرها النبى صلى الله عليه وسلم فهو مرسل عن عكرمة رواه الناس كذلك ولم يذكروا ابن عباس قاله ابو داود ، ثم يحتمل ان هذه المرأة هى التى قالت « زوجنى من ابن اخيه ليرفع بى خسيسته » فتخييرها لتزويجها من غير كفئها . وهذا يثبت الخيار ولا يبطل النكاح .

والوصية يتراخى فيها القبول وتجوز بعد الموت فهى معدول بها عن سائر التصرفات ولا تفريع على هذه الرواية لوضوحها ، فأما على الرواية الأخرى فان الشهادة تعتبر فى العقد ، لأنها شرط له فيعتبر وجودها معه كالقبول ولا تعتبر فى الاجازة لأنها ليست بعقد ، ولأنها اذا وجدت استند الملك الى حالة العقد ، حتى

لو كان فى العقد نماء ملك من حين العقد لا من حين الاجازة . وان مات أحدهما قبل الاجازة لم يرثه الآخر لانه مات قبل تمام العقد وصحته . وفيه وجه آخر : ان كان مما لو رفع الى الحاكم أجازه ورثه الآخر . لانه عقد يلزمه اجازته فهو كالصحيح وان كان مما يفسخه لم يرثه :

(فصل) ومتى تزوجت المرأة بغير اذن وليها ، أو الأمة بغير اذن سيدها ، فقد ذكره أصحابنا من جملة الصور التى فيها الروايتان . والصحيح عندى أنه لا يدخل فيها لتصريح النبى صلى الله عليه وسلم فيه بالبطلان . ولان الاجازة انما تكون لعقد صدر من أهله فى محله . فإن المرأة ليست أهلا له . بدليل أنه لو أذن لها فيه لم يصح منها . واذا لم يصح مع الاذن المقارن . فلأن لا يصح بالاجازة المتأخرة أولى ولا تفريع على هذا . فأما على القول الآخر فتى تزوجت المرأة بغير اذن الولى فرفع الى الحاكم لم يملك اجازته والامر فيه الى الولى فتى رده بطل : لان من وقف الحكم على اجازته بطل برده كالمرأة اذا زوجت بغير اذنها

وفيه وجه آخر : أنه اذا كان الزوج كفؤا أمر الحاكم الولى باجازته فإن لم يفعل أجازه الحاكم . لانه لما امتنع من الاجازة صار عاضلا فانتقلت الولاية عنه الى الحاكم كما فى ابتداء العقد . ومتى حصلت الاصابة قبل الاجازة ثم أجيز فالمهر واحد اما المسمى واما مهر المثل ان لم يكن مسمى لأن الاجازة مستندة الى حالة العقد فيثبت الحل والملك من حين العقد كما ذكرنا فى البيع ، ولذلك لم يجب الحد ومتى تزوجت الأمه بغير اذن سيدها ثم خرجت من ملكه قبل الاجازة الى من تحل له انفسخ النكاح لأنه قد طرأت استباحة صحيحة على موقوفة فأبطلتها ولانها أقوى فأزالت الاضعف ، كما لو طرأ ملك يمينه على ملك نكاحه ، وان خرجت الى من لا تحل له كالمرأة أو اثنين فكذلك أيضا ، لأن العقد اذا وقف على اجازة شخص لم يجز باجازة غيره ، كما لو باع أمة غيره ثم باعها المالك فأجاز المشترى الثانى بيع الأجنبى

وفيه وجه آخر : أنه يجوز باجازة المالك الثانى لأنه يملك ابتداء العقد فملك اجازته كالاول ، ولا فرق بين أن يخرج ببيع أو ارث أو هبة أو غيره ، فأما ان أعتقها السيد احتمل أن يجوز النكاح ، لأنه انما وقف لحق المولى فاذا أعتق

سقط حقه فصح العقد ، واحتمل أن لا يجوز لأن إبطال حق المولى ليس بإجازة ولأن حق المولى إن بطل من الملك فلم يبطل من ولاية التزويج فإنه يليها بالولاء .

(فصــــل) وإذا زوجت التي يعتبر إذنها بغير إذنها . وقلنا يقف على إجازتها فإجازتها بالنطق أو ما يدل على الرضى من التمكين من الوطء : أو المطالبة بالمهر والنفقة ، ولا فرق في ذلك بين البكر والثيب ، لأن أدلة الرضى تقوم مقام النطق به ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم لبريرة « إن وطئك زوجك فلا خيار لك » جعل تمكينها دليلا على إسقاط حقها والمطالبة بالمهر والنفقة ، والتمكين من الوطء دليل على الرضى ، لأن ذلك من خصائص العقد الصحيح ، فوجوده من المرأة دليل رضاها به .

الحكم الثالث : إذا عضلها الولي الأقرب انتقلت الولاية إلى الأبعد ، نص عليه أحمد ، وعنه رواية أخرى تنتقل إلى السلطان ، وهو اختيار أبي بكر . وذكر ذلك عن عثمان بن عفان رضي الله عنه وشريح . وبه قال الشـــافعي لقول النبي صلى الله عليه وسلم « فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » ولأن ذلك حق عليه امتنع من أدائه فقام الحاكم مقامه . كما لو كان عليه دين وامتنع من قضائه .

ولنا أنه تعذر التزويج من جهة الأقرب فملكه الأبعد كما لو جن : ولأنه يفسق بالعضل فتنتقل الولاية عنه كما لو شرب الخمر ، فإن عضل الأولياء كلهم زوج الحاكم ، والحديث حجة لنا لقوله « السلطان ولي من لا ولي له » وهذه لها ولي ويمكن حمله على ما اذا عضل الكل ، لأن قوله « فان اشتجروا » ضمير جمع يتناول الكل ، والولاية تخالف الدين من وجوه ثلاثة :

أحدها أنها حق للولي والدين حق عليه

الثاني : ان الدين لا ينتقل عنه والولاية تنتقل لعارض من جنون الولي وفسقه وموته .

الثالث : ان الدين لا يعتبر في بقائه العدالة ، والولاية يعتبر لها ذلك وقد زالت العدالة بما ذكرنا ، فان قيل فلو زالت ولايته لما صح منه التزويج اذا أجاب

إليه ، قلنا : فسقه بامتناعه ، فإذا أجاب فقد نزع عن المعصية وراجع الحق فزال فسقه فلذلك صح تزويجه والله أعلم

(فصـــل) ومعنى العضل منع المرأة من التزويج بكفئها إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه

قال معقل بن يسار « زوجت أختا لي من رجل فطلقها ، حتى اذا انقضت عدتها جاء يخطبها ، فقلت له : زوجتك وأفرشتك وأكرمتك فطلقتها ثم جئت تخطبها ، لا والله لا تعود اليك أبداً ، وكان رجلا لا بأس به ، وكانت المرأة تريد أن ترجع اليه ، فأنزل الله تعالى هذه الآية (ولا تعضلوهن) فقلت : الآن أفعل يا رسول الله قال فزوجها إياه » رواه البخارى ، وسواء طلبت التزويج بمهر مثلها أو دونه ، وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : لهم منعها من التزويج بدون مهر مثلها لأن عليهم في ذلك عاراً وفيه ضرراً على نسائها لنقص مهر مثلهن

ولنا أن المهر خالص حقها وعوض يختص بها فلم يكن لهم الاعتراض عليها فيه كثمن عبدها وأجرة دارها ، ولأنها لو أسقطته بعد وجوبه سقط كله فبعضه أولى ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لرجل أراد أن يزوجه « التمس ولو خاتما من حديد » وقال لامرأة زوجت بنعلين « أرضيت بنعلين من نفسك ؟ » قالت نعم . فأجازه النبي صلى الله عليه وسلم

وقولهم : فيه عار عليهم ، ليس كذلك ، فإن عمر قال « لو كان مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله كان أولاكم بها رسول الله صلى الله عليه وسلم » يعني غلو الصداق ، فإن رغبت في كفء بعينه وأراد تزويجها لغيره من أكفائها وامتنع من تزويجها من الذي أرادته كان عاضلا لها . فأما إن طلبت التزويج بغير كفئها فله منعها من ذلك ولا يكون عاضلا لها بهذا ، لأنها لو زوجت من غير كفئها كان له فسخ النكاح فلأن تمتنع منه ابتداء أولى .

« مسئلة » قال « وإذا كان وليها غائبا في موضع لا يصل اليه الكتاب أو يصل فلا يجيب عنه زوجها من هو أبعد منه من عصبتها ، فان لم يكن فالسلطان »

الكلام في هذه المسألة في فصلين :

أولهما : أن الاقرب إذا غاب غيبة متقطعة فللأبعد من عصبتها تزويجها دون الحاكم ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : يزوجها الحاكم لأنه تعذر الوصول إلى النكاح من الأقرب مع بقاء ولايته فيقوم الحاكم مقامه كما لو عضلها ، ولأن الأبعد محجوب بولاية الاقرب فلا يجوز له التزويج كما لو كان حاضرا ، ودليل بقاء ولايته أنه لو زوج من حيث هو أو وكل صح

ولنا قوله عليه السلام « السلطان ولي من لا ولي له » وهذه لها ولي فلا يكون السلطان وليها ، ولأن الاقرب تعذر حصول التزويج منه فثبتت الولاية لمن يليه من العصبات كما لو جن أو مات ، ولانها حالة يجوز فيها التزويج لغير الاقرب ، فكان ذلك للأبعد كالاصل وإذا عضلها الاقرب فهو كمسألتنا

والفصل الثاني في الغيبة المنقطعة التي يجوز للأبعد التزويج في مثلها ، فني قول الخرقي : هي من لا يصل اليه الكتاب أو يصل فلا يجيب عنه ، لان مثل هذا تتعذر مراجعته بالكلية فتكون منقطعة ، أي ينقطع من إمكان تزويجها ، وقال القاضي : يجب أن يكون حد المسافة أن لا تردد القوافل فيه في السنة إلا مرة ، لأن الكفء ينتظر سنة ولا ينتظر أكثر منها فيلحق الضرر بترك تزويجها

وقد قال أحمد في موضع : إذا كان الأب بعيد السفر يزوج الأخ ، قال أبو الخطاب : فيحتمل أنه أراد بالسفر البعيد ما تقصر فيه الصلاة ، لأن ذلك هو السفر الذي علقت عليه الأحكام ، وذهب أبو بكر الى أن حدها مالا يقطع الا بكلفة ومشقة ، لأن أحمد قال : إذا لم يكن ولي حاضر من عصبتها كتب اليهم حتى يأذنوا إلا أن تكون غيبة منقطعة لا تدرك إلا بكلفة ومشقة فالسلطان ولي من لا ولي له ، وهـــذا القول ان شاء الله تعالى أقربها الى الصواب ، فإن التحديدات بابها التوقيف ولا توقيف في هذه المسألة فترد الى ما يتعارفه الناس بينهم مما لم تجر العادة بالانتظار فيه ، ويلحق المرأة الضرر بمنعها من التزويج في مثله فإنه يتعذر في ذلك الوصول الى المصلحة من نظر الأقرب فيكون كالمعـــدوم ، والتحديد بالعام كبير فان الضرر يلحق بالانتظار في مثل ذلك ، ويذهب الخاطب ومن لا يصل الكتاب منه أبعد ، ومن هو على مسافة القصر لا تلحق المشقة في مكاتبته ، والتوسط أولى والله أعلم

واختلف أصحاب أبي حنيفة في الغيبة المنقطعة ، فقال بعضهم كقول القاضي ، وبعضهم قال من الري إلى بغداد ، وبعضهم قال من البصرة الى الرقة ، وهذان القولان يشبهان قول أبي بكر . واختلف أصحاب الشافعي في الغيبة التي يزوج فيها الحاكم ، فقال بعضهم مسافة القصر ، وقال بعضهم يزوجها الحاكم . وان كان الولي قريبا ، وهو ظاهر نص الشافعي . وظاهر كلام أحمد انه اذا كانت الغيبة منقطعة انه ينتظر ويراسل حتى يقدم أو يوكل

(فصل) وإن كان القريب محبوساً أو أسيراً في مسافة قريبة لا تمكن مراجعته فهو كالبعيد ، فإن البعد لم يعتبر لعينه بل لتعذر الوصول الى التزويج بنظره ؛ وهذا موجود هنا ، ولذلك ان كان غائبا لا يعلم قريب أم بعيد أو علم أنه قريب ولم يعلم مكانه فهو كالبعيد

(مسألة) قال (وإذا زوجت من غير كفء فالنكاح باطل)

اختلفت الرواية عن احمد في اشتراط الكفاءة لصحة النكاح ، فروى عنه أنها شرط له ، قال اذا تزوج المولى العربية فرق بينهما . وهذا قول سفيان . وقال أحمد في الرجل يشرب الشراب : ما هو بكفء لها يفرق بينهما ، وقال . لو كان المتزوج حائكاً فرقت بينهما لقول عمر رضي الله عنه ، لأمنعن فروج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء ، رواه الخلال بإسناده

وعن أبي إسحاق الهمداني قال ، خرج سلمان وجرير في سفر فأقيمت الصلاة فقال جرير لسلمان : تقدم أنت ، قال سلمان : بل أنت تقدم فإنكم معشر العرب لا يتقدم عليكم في صلاتكم . ولا تنكح نساؤكم ، ان الله فضلكم علينا بمحمد صلى الله عليه وسلم وجعله فيكم ، ولأن التزويج مع فقد الكفاءة تصرف في حق من يحدث من الأولياء بغير اذنه فلم يصح ،كما لو زوجها بغير اذنها

وقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ، لا تنكحوا النساء إلا من الأكفاء ولا تزوجوهن الا الاولياء ، رواه الدارقطني ، إلا أن ابن عبد البر قال : هذا ضعيف لا أصل له ولا يحتج بمثله

والرواية الثانية عن أحمد . أنها ليست شرطاً في النكاح ، وهذا قول أكثر أهل

العلم ، روى نحو هذا عن عمر وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز وعبيد بن عمير وحماد بن أبي سليمان وابن سيرين وابن عون ومالك والشافعي وأصحاب الرأى لقوله تعالى (ان أكرمكم عند الله أتقاكم) وقالت عائشة رضى الله عنها « ان أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة تبنى سالما وأنكحه ابنة أخيه هند ابنة الوليد بن عتبة وهو مولى لامرأة من الانصار » أخرجه البخاري و « أمر النبي صلى الله عليه وسلم فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامة بن زيد مولاه فنكحها بأمره » متفق عليه وزوج اباه زيد بن حارثة ابنة عمته زينب بنت جحش الاسدية ، وقال ابن مسعود لاخته « أنشدك الله أن تتزوجي الا مسلماً وان كان أحمر رومياً أو أسود حبشيا » ولان الكفاءة لا تخرج عن كونها حقا للمرأة أوالاولياء أو لهما فلم يشترط وجودها كالسلامة من العيوب .

وقد روى أن أبا هند حجم النبي صلى الله عليه وسلم فى اليافوخ فقال النبي صلى الله عليه وسلم « يا بنى بياضة أنكحوا أبا هند وأنكحوا اليه » رواه أبو داود الا أحمد ضعفه وأنكره انكاراً شديداً والصحيح أنها غير مشترطة وما روى فيها يدل على اعتبارها فى الجملة ولا يلزم منه اشتراطها وذلك لان الزوجة وكل واحد من الاولياء له فيها حق ومن لم يرض منهم فله الفسخ ، ولذلك لما زوج رجل ابنته من ابن أخيه ليرفع بها خسيسته جعل لها النبي صلى الله عليه وسلم الخيار فأجازت ما صنع أبوها ولو فقد الشرط لم يكن لها خيار . فإذا قلنا باشتراطها فإنما نعتبر وجودها حال العقد فإن عدمت بعده لم يبطل النكاح لان شروط النكاح انما تعتبر لدى العقد ، وان كانت معدومة حال العقد فالنكاح فاسد حكمه حكم العقود الفاسدة على ما مضى ، فإن قلنا ليست شرطا فرضيت المرأة والاولياء كلهم صح النكاح ، وان لم يرض بعضهم فهل يقع العقد باطلا من أصله أو صحيحا ؟ فيه روايتان عن أحمد وقولان للشافعي .

أحدهما : أنه باطل ، لان الكفاءة حق لجميعهم ، والعاقد متصرف فيها بغير رضاهم فلم يصح كتصرف الفضولي .

والثانية : هو الصحيح بدليل أن المرأة التى رفعت الى النبي صلى الله عليه وسلم لأن أباها زوجها من غير كفئها خيرها ولم يبطل النكاح من أصله ، ولان العقد

وقع بالاذن ، والنقص الموجود فيه لا يمنع صحته وانما يثبت الخيار كالعيب من العنة وغيرها ، فعلى هذه الرواية لمن لم يرض الفسخ ، وبهذا قال الشافعي ومالك ، وقال أبو حنيفة اذا رضيت المرأة وبعض الاولياء لم يكن لباقي الاولياء فسخ ، لان هذا الحق لا يتجزأ وقد أسقط بعض الشركاء حقه فسقط جميعه كالقصاص .

ولنا أن كل واحد من الاولياء يعتبر رضاه فلم يسقط برضى غيره كالمرأة مع الولي . فأما القصاص فلا يثبت لكل واحد كاملا فإذا سقط بعضه تعذر استيفاؤه وههنا بخلافه . ولانه لو زوجها بدون مهر مثلها ملك الباقون عندم الاعتراض مع أنه خالص حقها فههنا مع أنه حق لهم أولى وسواء كانوا متساوين في الدرجة أو متفاوتين فزوج الاقرب مثل أن يزوج الاب بغير كفء فإن للإخوة الفسخ . قال مالك والشافعي ليس لهم الفسخ اذا زوج الاقرب لانه لا حق للأبعد معه فرضاؤه لا يعتبر .

ولنا أنه ولي في حال يلحقه العار بفقد الكفاءة فملك الفسخ كالمتساويين

(مسألة) قال (والكفء والدين والمنصب)

يعني بالمنصب الحسب وهو النسب . واختلفت الرواية عن أحمد في شروط الكفاءة فعنه هما شرطان الدين والمنصب ، وعنه أنها خمسة هذان والحرية والصناعة واليسار .

وذكر القاضي في المجرد أن فقد هذه الثلاثة لا يبطل النكاح رواية واحدة وأنما الروايتان في الشرطين الاولين قال ويتوجه أن المبطل عدم الكفاءة في النسب لا غير لانه نقص لازم وما عداه غير لازم ولا يتعدى نقصه الى الولد ، وذكر في الجامع الروايتين في جميع الشروط ، وذكره أبو الخطاب أيضا ، وقال مالك : الكفاءة في الدين لا غير ، قال ابن عبدالبر هذا جملة مذهب مالك وأصحابه ، وعن الشافعي كقول مالك ، وقول آخر أنها الخمسة التي ذكرناها والسلامة من العيوب الاربعه فتكون ستة وكذلك قول أبي حنيفة والثوري والحسن بن حي الا في الصنعه والسلامه من العيوب الاربعه ولم يعتبر محمد بن الحسن الدين الا أن يكون ممن يسكر ويخرج ويسخر منه الصبيان فلا يكون كفؤا لان الغالب

على الجند الفسق ويعد ذلك نقصا والدليل على اعتبار الدين قوله تعالى (أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون) ولان الفاسق مرذول مردود الشهادة والروايه غير مأمون على النفس والمال مسلوب الولايه ناقص عند الله وعند خلقه قليل الحظ فى الدنيا والاخرة فلا يجوز أن يكون كفؤا لعفيفه ولا مسلوبا لها لكن يكون كفؤا لمثله ، فأما الفاسق من الجند فهو ناقص عند أهل الدين والمروءات .

والدليل على اعتبار النسب فى الكفاءة قول عمر لأمنعن فروج ذوات الاحساب الا من الاكفاء . قال قلت وما الاكفاء ؟ قال فى الاحساب ، رواه أبو بكر عبد العزيز باسناده ، ولان العرب يعدون الكفاءة فى النسب ويأنفون من نكاح الموالى ويرون ذلك نقصا وعارا فلذا أطلقت الكفاءة وجب حملها على المتعارف ، ولان فى فقد ذلك عارا ونقصا فوجب أن يعتبر فى الكفاءة الدين .

فصل

واختلفت الروايه عن أحمد فروى عنه أن غير قريش من العرب لا يكافئها وغير بنى هاشم لا يكافئهم ، وهذا قول عن بعض أصحاب الشافعى لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال ، ان الله اصطفى كنانه من ولد اسماعيل واصطفى من كنانه قريشا واصطفى من قريش بنى هاشم واصطفانى من بنى هاشم ، ولان العرب فضلت على الامم برسول الله صلى الله عليه وسلم وقريش أخص به من سائر العرب وبنو هاشم أخص به من قريش وكذلك قال عثمان وجبير بن مطعم ان اخواننا من بنى هاشم لا ننكر فضلهم علينا لمكانك الذى وضعك الله به منهم .

وقال أبو حنيفه : لا تكافىء العجم العرب ولا العرب قريشا : وقريش كلهم أكفاء لان ابن عباس قال قريش بعضهم أكفاء بعض .

والروايه الثانيه : عن أحمد أن العرب بعضهم لبعض أكفاء والعجم بعضهم لبعض أكفاء لان النبى صلى الله عليه وسلم زوج ابنتيه عثمان وزوج أبا العاص ابن الربيع زينب وهما من بنى عبد شمس وزوج على عمر ابنته أم كلثوم وتزوج عبد الله بن عمرو بن عثمان فاطمه بنت الحسين بن على وتزوج المصعب بن الزبير أختها سكينه وتزوجها أيضا عبد الله بن عثمان بن حكيم بن حزام وتزوج المقداد ابن الاسود ضباعة ابنة الزبير بن عبد المطلب ابنة عم رسول الله صلى الله عليه وسلم

وزوج أبو بكر أخته أم فروة الأشعث بن قيس وهما كنديان وتزوج أسامة بن زيد فاطمة بنت قيس وهي من قريش . ولأن العجم والموالى بعضهم لبعض أكفاء وإن تفاضلوا وشرف بعضهم على بعض وكذلك العرب .

فصل

فاما الحرية فالصحيح أنها من شروط الكفاءة فلا يكون العبد كفؤاً لحرة لأن النبي صلى الله عليه وسلم خير بريرة حين عتقت تحت عبد ، فإذا ثبت الخيار بالحرية الطارئة فبالحرية المقارنة أولى لأن نقص الرق كبير وضرره بين فإنه مشغول عن امرأته بحقوق سيده ولا ينفق نفقة الموسرين ولا ينفق على ولده وهو كالمعدوم بالنسبة إلى نفسه . ولا يمنع صحة النكاح لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لبريرة « لو راجعتيه : قالت يا رسول الله أتأمرني ؟ قال : إنما أنا شفيع ، قالت : فلا حاجة لي فيه » رواه البخاري ، ومراجعتها له ابتداء النكاح فانه قد انفسخ نكاحها باختيارها ولا يشفع إليها النبي صلى الله عليه وسلم في أن تنكح عبداً إلا والنكاح صحيح .

(فصل) فأما اليسار ففيه روايتان .

إحداهما : هو شرط في الكفاءة لقول النبي صلى الله عليه وسلم « الحسب المال » وقال « ان أحساب الناس بينهم في هذه الدنيا هذا المال » وقال لفاطمة بنت قيس حين أخبرته أن معاوية خطبها « أما معاوية فصعلوك لا مال له » ولأن على الموسرة ضررا في إعسار زوجها لإخلاله بنفقتها ومؤنة أولادها ولهذا ملكت الفسخ بإخلاله بالنفقة فكذلك إذا كان مقارنا ، ولأن ذلك معدود نقصا في عرف الناس ويتفاضلون فيه كتفاضلهم في النسب وأبلغ ، قال نبيه بن الحجاج السهمي :

سألتاني الطلاق أن رأتاني　　قل مالي قد جئتماني بنكر
ويكأن من له نشب يحبب　　ومن يفتقر يعش عيش ضر

فكان من شروط الكفاءة كالنسب .

والرواية الثانية : ليس بشرط لان الفقر شرف في الدين وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « اللهم أحيني مسكينا وأمتني مسكينا » وليس هو أمراً لازما فأشبه

العافية من المرض ، واليسار المعتبر ما يقدر به على الانفاق عليها حسب ما يجب لها ويمكنه أداء مهرها .

(فصل) فأما الصناعة ففيها روايتان أيضا .

إحداهما : أنها شرط فمن كان من أهل الصنائع الدنيئة كالحائك والحجام والحارس والكساح والدباغ والقيم والحمامي والزبال فليس بكفء لبنات ذوي المروءات أو أصحاب الصنائع الجليلة كالتجارة والبناية لأن ذلك نقص في عرف الناس فأشبه نقص النسب ، وقد جاء في الحديث « العرب بعضهم لبعض أكفاء الا حائكا أو حجاما ، قيل لأحمد رحمه الله : وكيف تأخذ به وأنت تضعفه ؟ قال العمل عليه ، يعني انه وردموافقا لاهل العرف ، وروي ان ذلك ليس بنقص ويروى نحو ذلك عن أبي حنيفة لان ذلك ليس بنقص في الدين ولا هو لازم فأشبه الضعف والمرض : قال بعضهم :

ألا إنما التقوى هي العز والكرم وحبك للدنيا هو الذل والسقم
وليس على عبد تقي نقيصة اذا حقق التقوى وان حاك أوحجم

وأما السلامة من العيوب فليس من شروط الكفاءة فانه لا خلاف في انه لا يبطل النكاح بعدمها ولكنها تثبت الخيار للمرأة دون الاولياء لان ضرره مختص بها ، ولوليها منعها من نكاح المجذوم والابرص والمجنون وما عدا هذا فليس بمعتبر في الكفاءة .

(فصل) من أسلم أو عتق من العبيد فهو كفء لمن له أبوان في الإسلام والحرية وقال أبو حنيفة : ليس بكفء ، وليس بصحيح فان الصحابة رضي الله عنهم أكثرهم أسلموا وكانوا افضل الامة فلا يجوز ان يقال انهم غير اكفاء للتابعين .

(فصل) فأما ولد الزنا فيحتمل ان لا يكون كفؤا لذات نسب فان احمد رحمه الله ذكر له انه ينكح وينكح اليه فكأنه لم يحب ذلك لان المرأة تعير به هي ووليها ويتعدى ذلك الى ولدها ، وأما كونه ليس بكفء لعربية فلا اشكال فيه لانه ادنى حالا من المولى .

(فصل) والموالى بعضهم لبعض أكفاء وكذلك العجم، قال أحمد رحمه الله فى رجل من بنى هاشم له مولاة يزوجها الخراسانى، وقول النبى (ص) « موالى القوم من أنفسهم » هو فى الصدقة فأما النكاح فلينكح

وذكر القاضى رواية عن أحمد أن مولى القوم يكافئهم لهذا الخبر، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم زوج زيداً وأسامة عربيتين ولأن موالى بنى هاشم ساووهم فى حرمان الصدقة فيساووهم فى الكفاءة وليس هذا بصحيح فانه يوجب أن يكون الموالى أكفاء العرب فان المولى إذا كان كفء سيده كان كفؤا لمن يكافئه سيده فيبطل اعتبار المنصب.

وقد قال أحمد هذا الحديث فى الصدقة لا فى النكاح، ولهذا لا يساووهم فى استحقاق الخمس ولا فى الامامة ولا فى الشرف، وأما زيد وأسامة فقد استدل بنكاحهما عربيتين على أن فقد الكفاءة لا يبطل النكاح واعتذر أحمد عن تزويجهما بأنهما عربيان فانهما من كلب وإنما طرأ عليهما رق، فعلى هذا يكون هذا حكم كل عربى الأصل.

(فصـــل)

فاما أهل البدع فان أحمد قال فى الرجل يزوج الجهمى يفرق بينهما، وكذلك إذا زوج الواقفى إذا كان يخاصم ويدعو وإذا زوج أخته من هؤلاء اللفظية وقد كتب الحديث فهذا شر من جهمى يفرق بينهما، وقال: لا يزوج بنته من حرورى مرق من الدين ولا من الرافضى ولا من القدرى فإذا كان لا يدعو فلا بأس، وقال من لم يربع بعلى فى الخلافة فلا تناكحوه ولا تكلموه، وقال القاضى: والمقلد منهم يصح تزويجه ومن كان داعية منهم فلا يصح تزويجه.

(فصل) والكفاءة معتبرة فى الرجل دون المرأة فإن النبى صلى الله عليه وسلم لا مكافىء له وقد تزوج من أحياء العرب وتزوج صفية بنت حيى وتسرى بالاماء وقال « من كانت عنده جارية فعلمها وأحسن تعليمها وأحسن اليها ثم أعتقها وتزوجها فله أجران » متفق عليه: ولأن الولد يشرف بشرف أبيه لا بأمه فلم يعتبر ذلك فى الأم.

«مسألة» قال (وإذا زوج الرجل ابنته البكر فوضعها فى كفاية فالنكاح ثابت وإن كرهت كبيرة كانت أو صغيرة)

أما البكر الصغيرة فلا خلاف فيها، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن نكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز إذا زوجها من كفء ويجوز له تزويجها مع كراهيتها وامتناعها.

وقد دل على جواز تزويج الصغيرة قول الله تعالى «واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن» فجعل للائى لم يحضن عدة ثلاثة أشهر ولا تكون العدة ثلاثة أشهر إلا من الطلاق فى نكاح أو فسخ فدل ذلك على أنها تزوج وتطلق ولا إذن لها فيعتبر، وقالت عائشة رضى الله عنها «تزوجنى النبى صلى الله عليه وسلم وأنا ابنة ست وبنى بى وأنا ابنة تسع» متفق عليه ومعلوم أنها لم تكن فى تلك الحال ممن يعتبر إذنها.

وروى الأثرم أن قدامة بن مظعون تزوج ابنة الزبير حين نفست فقيل له، فقال: ابنة الزبير إن مت ورثتنى وإن عشت كانت امرأتى وزوج على ابنته أم كلثوم وهى صغيرة عمر بن الخطاب رضى الله عنهما، وأما البكر البالغة العاقلة فعن أحمد روايتان:

احداهما. له إجبارها على النكاح وتزويجها بغير إذنها كالصغيرة وهذا مذهب مالك وابن أبى ليلى والشافعى وإسحاق.

والثانية: ليس له ذلك واختارها أبو بكر، وهو مذهب الاوزاعى والثورى وأبى عبيد وأبى ثور وأصحاب الرأى وابن المنذر لما روى أبو هريرة أن النبى (ص) قال «لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن» فقالوا يا رسول الله فكيف إذنها؟ قال «أن تسكت» متفق عليه.

وروى أبو داود وابن ماجه عن ابن عباس أن جارية بكراً أتت النبى صلى الله عليه وسلم فذكرت أن أباها زوجها وهى كارهة فخيرها النبى صلى الله عليه وسلم ولأنها جائزة التصرف فى مالها فلم يجز إجبارها كالثيب والرجل.

ووجه الرواية الأولى ما روى عن ابن عباس قال: قال رسول الله (ص)

« الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن وإذنها صماتها » رواه مسلم وأبو داود فلما قسم النساء قسمين وأثبت الحق لأحدهما دل على نفيه عن الآخر وهي البكر فيكون وليها أحق منها بها ودل الحديث على الاستئمار ههنا والاستئذان مستحب في حديثهم ليس بواجب ، كما روى ابن عمر قال : قال رسول الله (ص) « آمروا النساء في بناتهن » رواه أبو داود

وحديث التي خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم مرسل ، ويحتمل أنها التي زوجها أبوها من ابن أخيه ليرفع بها خسيسته فتخييرها لذلك ، ولأن ما لا يشترط في نكاح الصغيرة لا يشترط في نكاح الكبيرة كالنطق .

وقول الخرقي فوضعها في كفاءة يدل على أنه إذا زوجها من غير كفء فنكاحها باطل ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد وأحد قولي الشافعي لأنه لا يجوز له تزويجها من غير كفء فلم يصح كسائر الأنكحة المحرمة ولأنه عقد لموليته عقداً لاحظ لها فيه بغير إذنها فلم يصح كبيعه عقارها من غير غبطة ولا حاجة أو بيعه بدون ثمن مثله ، ولأنه نائب عنها شرعاً ، فلم يصح تصرفه لها شرعاً بما لا حظ لها فيه كالوكيل .

والثانية : يصح لأنه عيب في المعقود عليه فلم يمنع الصحة كشراء المعيب الذي لا يعلم عيبه ، ويحتمل أن لا يصح النكاح إذا علم أن الزوج ليس بكفء ويصح إذا لم يعلم ولأنه إذا علم حرم عليه العقد فبطل لتحريمه بخلاف ما لم يعلمه كما لو اشترى لها معيباً يعلم عيبه . ويحتمل أن يصح نكاح الكبيرة لأنه يمكن استدراك الضرر بإثبات الخيار لها فتفسخ ان كرهت ، وان لم تفسخ كان كإجازتها وإذنها بخلاف نكاح الصغيرة على القول بصحته .

فإن كانت كبيرة فلها الخيار ولا خيار لأبيها إذا كان عالماً لأنه أسقط حقه برضاه ، وان كانت صغيرة فعليه الفسخ ولا يسقط برضاه ، لأنه يفسخ لحظها وحقها لا يسقط برضاه ، ويحتمل أن لا يكون له الفسخ ولكن يمنع الدخول عليها حتى تبلغ وتختار فإن كان لها ولي غير الأب فلها الفسخ على ما مضى وعلى كلتا الروايتين فلا يحل له تزويجها من غير كفء ، ولا من معيب لأن الله تعالى أقامه مقامها ناظراً لها فيما فيه الحظ ومتصرفاً لها لعجزها عن التصرف في نفسها

فلا يجوز له فعل مالا حظ لها فيه كما في مالها ، ولانه إذا حرم عليه التصرف في مالها بما لا حظ فيه ففي نفسها أولى .

« مسألة » قال (وليس هذا لغير الاب)

يعني ليس لغير الاب إجبار كبيرة ولا تزويج صغيرة ، جداً كان أو غيره وبهذا قال مالك وأبو عبيد والثوري وابن أبي ليلى ، وبه قال الشافعي : الا في الجد فإنه جعله كالاب . لان ولايته ولاية إيلاد فملك إجبارها كالاب ، وقال الحسن وعمر بن عبد العزيز وعطاء وطاوس وقتادة وابن شبرمة والاوزاعي وأبو حنيفة لغير الاب تزويج الصغيرة ولها الخيار إذا بلغت ، وقال هؤلاء غير أبو حنيفة إذا زوج الصغيرين غير الاب فلهما الخيار إذا بلغا .

قال أبو الخطاب : وقد نقل عبد الله عن أبيه كقول أبي حنيفة لان الله تعالى قال (وان خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء) فمفهومه انه اذا لم يخف فله تزويج اليتيمة ، واليتيم من لم يبلغ لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يتم بعد احتلام » .

قال عروة سألت عائشة عن قول الله تعالى (وان خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى) فقالت يا ابن أختي هذه اليتيمة تكون في حجر وليها ويشركها في مالها ويعجبه مالها وجمالها فيريد أن يتزوجها بغير أن يقسط في صداقها فيعطيها مثلما يعطيها غيره فنهوا عن نكاحهن الا أن يقسطوا فيهن ويبلغوا أعلى سنتهن في الصداق متفق عليه ولانه ولي في النكاح فملك التزويج كالاب .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « تستأمر اليتيمة في نفسها وان سكتت فهو اذنها وان أبت فلا جواز عليها » رواه أبو داود والنسائي ، وروي عن ابن عمر أن قدامة بن مظعون زوج ابن عمر ابنة أخيه عثمان فرفع ذلك الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال « انها يتيمة ولا تنكح الا باذنها » .

واليتيمة الصغيرة التي مات أبوها ولان غير الاب قاصر الشفقة فلا يلي نكاح الصغيرة كالاجنبي وغير الجد لا يلي مالها فلا يستبد بنكاحها كالاجنبي ولان الجد يلي بولاية غيره فأشبه سائر العصبات ، وفارق الاب فإنه يدلي بغير واسطة

ويسقط الإخوة والجد ويحجب الام عن ثلث المال الى ثلث الباقى فى زوج وأبوين أو زوجة وأبوين . والآية محمولة على البالغة بدليل قول الله تعالى (تؤتونهن ما كتب لهن) وانما يدفع الى الكبيرة أو تحملها على بنت تسع .

(فصـــل)

واذا بلغت الجارية تسع سنين ففيها روايتان :

احداهما : أنها كمن لم تبلغ تسعا نص عليه فى رواية الاثرم ، وهو قول مالك والشافعى وأبى حنيفة وسائر الفقهاء ، قالوا : حكم بنت تسع سنين حكم بنت ثمان لانها غير بالغة ولان اذنها لا يعتبر فى سائر التصرفات فكذلك فى النكاح .

والرواية الثانية : حكمها حكم البالغة نص عليه فى رواية ابن منصور ، لمفهوم الآية ودلالة الخبر بعمومها على أن اليتيمة تنكح باذنها وان أبت فلا جواز عليها وقد انتفى به الإذن فيمن دونها فيجب حمله على من بلغت تسعاً .

وقد روى الإمام أحمد باسناده عن عائشة رضى الله عنها ، أنها قالت : اذا بلغت الجارية تسع سنين فهى امرأة ، ورواه القاضى باسناده عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم بمعناه فى حكم المرأة ولانها بلغت سنا يمكن فيه حيضها ويحدث لها حاجة الى النكاح فيباح تزويجها كالبالغة ، فعلى هذا إذا زوجت ثم بلغت ، لم يكن لها خيار كالبالغة إذا زوجت .

وقد خطب عمر أم كلثوم ابنة أبى بكر بعد موته الى عائشة فأجابته وهى لدون عشر لأنها إنما ولدت بعد موت أبيها ، وانما كانت ولاية عمر عشراً فكرهته الجارية فتزوجها طلحة بن عبيد الله ولم ينكره منكر فدل ذلك على اتفاقهم على صحة تزويجها قبل بلوغها بولاية غير أبيها والله أعلم .

(مسألة) قال (ولو استأذن البكر البالغة والدها كان حسنا)

لا نعلم خلافا فى استحباب استئذانها فان النبي صلى الله عليه وسلم قد أمر به ونهى عن النكاح بدونه وأقل أحوال ذلك الاستحباب ولأن فيه تطييب قلبها وخروجا من الخلاف ، وقالت عائشة : سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجارية ينكحها أهلها أتستأمر أم لا ؟ فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم

«نعم تستأمر» وقال «استأمروا النساء فى أبضاعهن» فإن البكر لتستحي فتسكت، فهو إذنها» متفق عليهما

وروى عن عطاء قال: كان النبي صلى الله عليه وسلم يستأمر بناته إذا أنكحهن قال: كان يجلس عند خدر المخطوبة فيقول: إن فلاناً يذكر فلانة، فإن حركت الخدر لم يزوجها وإن سكتت زوجها.

(فصل) ويستحب استئذان المرأة فى تزويج ابنتها لقول النبي صلى الله عليه وسلم «آمروا النساء فى بناتهن» ولأنها تشاركه فى النظر لإبنتها وتحصيل المصلحة لها بشفقتها عليها وفى استئذانها تطييب قلبها وارضاء لها فتكون أولى

مسألة» قال «وإذا زوج ابنته الثيب بغير إذنها فالنكاح باطل، وإن رضيت بعد»

وجملة ذلك أن البنت تقسم قسمين: كبيرة وصغيرة، فأما الكبيرة فلا يجوز للأب ولا لغيره تزويجها الا بإذنها فى قول عامة أهل العلم الا الحسن قال له تزويجها وان كرهت، والنخعي قال يزوج بنته اذا كانت فى عياله، فإن كانت بائنة فى بيتها مع عيالها استأمرها. قال اسماعيل بن اسحاق: لا أعلم أحداً قال فى البنت بقول الحسن، وهو قول شاذ خالف فيه أهل العلم والسنة، فإن الخنساء ابنة خذام الأنصارية روت أن أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك، فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحه. رواه البخاري والأئمة كلهم

قال ابن عبد البر: هذا الحديث مجمع على صحته والقول به، لا نعلم مخالفا له الا الحسن، وكانت الخنساء من أهل قباء، وكانت تحت أنيس بن قتادة فقتل عنها يوم أحد، فزوجها أبوها رجلا من بني عمرو بن عوف فكرهته وشكت ذلك الى رسول الله (ص) فرد نكاحها ونكحت أبا لبابة بن عبد المنذر

وروى أبو هريرة أن رسول الله (ص) قال «لا تنكح الأيم حتى تستأمر» متفق عليه. وقال «الأيم أحق بنفسها من وليها» وروى ابن عباس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال «ليس للولي مع الثيب أمر» رواهما النسائي

وأبو داود، ولأنها رشيدة عالمة بالمقصود من النكاح مختبرة فلم يجز إجبارها عليه كالرجل .

القسم الثانى : الثيب الصغيرة وفيها وجهان :

أحدهما لا يجوز تزويجها ، وهو ظاهر قول الخرقى ، واختاره ابن حامد وابن بطة والقاضى ومذهب الشافعى لعموم الأخبار ، ولأن الإجبار يختلف بالبكارة والثيوبة لا بالصغر والكبر وهذه ثيب ، ولأن فى تأخيرها فائدة ، وهو أن تبلغ فتختار لنفسها ويعتبر إذنها ، فوجب التأخير بخلاف البكر

الوجه الثانى . أن لأبيها تزويجها ولا يستأمرها ، اختاره أبو بكر وعبد العزيز وهو قول مالك وابى حنيفة لانها صغيرة فجاز إجبارها كالبكر والغلام ، يحقق ذلك أنها لا تزيد بالثيوبة على ما حصل للغلام بالذكورية ، ثم الغلام يجبر إذا كان صغيراً فكذا هذه ، والاخبار محمولة على الكبيرة فإنه جعلها أحق بنفسها من وليها والصغيرة لا حق لها .

ويتخرج وجه ثالث ، وهو أن ابنة تسع سنين يزوجها وليها بإذنها ، ومن دون ذلك على ما ذكرنا من الخلاف لما ذكرنا فى البكر والله أعلم

« مسألة » قال (وإذن الثيب الكلام وإذن البكر الصمات)

أما الثيب فلا نعلم بين أهل العلم خلافاً فى أن اذنها الكلام للخبر ، ولأن اللسان هو المعبر عما فى القلب وهو المعتبر فى كل موضع يعتبر فيه الإذن غير أشياء يسيرة أقيم فيها الصمت مقامه لعارض

فأما البكر فإذنها صماتها فى قول عامة أهل العلم . منهم شريح والشعبي وإسحاق والنخعي والثورى والاوزاعى وابن شبرمة وأبو حنيفة ، ولا فرق بين كون الولى ابا أو غيره . وقال أصحاب الشافعى فى صمتها فى حق غير الاب وجهان :

أحدهما لا يكون إذناً ، لان الصمات عدم الاذن فلا يكون إذنا ولانه محتمل الرضى والحياء وغيرهما فلا يكون إذنا كما فى حق الثيب ، وانما اكتفى به فى حق الاب لأن رضاها غير معتبر ، وهذا شذوذ عن أهل العلم وترك للسنة الصحيحة

الصريحة يصان الشافعي عن إضافته اليه ، وجعله مذهبا له مع كونه من أتبع الناس لسنة رسول الله (ص) ولا يعرج منصف على هذا القول : وقد تقدمت روايتنا عن رسول الله (ص) أنه قال « لا تنكح الايم حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن » فقالوا يا رسول الله فكيف إذنها ؟ قال أن تسكت

وفي رواية عن عائشة أنها قالت : يارسول الله ان البكر تستحي؟ قال « رضاها صماتها » متفق عليه . وفي رواية « واليتيمة تستأمر فصمتها إقرارها » رواه النسائي وفي رواية « تستأمر اليتيمة في نفسها ، فان سكتت فهو اذنها » وهذا صريح في غير ذات الأب .

وروى الأثرم عن عدى الكندى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « الثيب تعرب عن نفسها والبكر رضاها صماتها » والاخبار في هذا كثيرة ، ولأن الحياء عقلة على لسانها يمنعها النطق بالاذن ولا تستحي من إبائها وامتناعها فاذا سكتت غلب على الظن أنه لرضاها فاكتفى به . وما ذكروه يفضي إلى أن لا يكون صماتها اذنا في حق الأب أيضا ، لأنهم جعلوا وجوده كعدمه ، فيكون اذاً رداً على النبي صلى الله عليه وسلم بالكلية واطراحا للأخبار الصريحة الجلية وخرقا لإجماع الأمة المرضية .

(فصــــل)

فان نطقت بالاذن فهو أبلغ وأتم في الاذن من صمتها وان بكت أو ضحكت فهو بمنزلة سكوتها . وقال أبو يوسف ومحمد : ان بكت فليس باذن لانه يدل على الكراهية وليس بصمت فيدخل في عموم الحديث

ولنا ما روى أبو بكر باسناده عن أبي هريرة قال : قال رسول الله (ص) « تستأمر اليتيمة فان بكت أو سكتت فهو رضاها ، وان أبت فلا جواز عليها » ولأنها ناطقة بالامتناع مع سماعها للاستئذان فكان اذنا منها كالصمات والضحك والبكاء يدل على فرط الحياء لا على الكراهة ، ولو كرهت لامتنعت فانها لا تستحي من الامتناع ، والحديث يدل بصريحه على أن الصمت اذن وبمعناه على ما في معناه من الضحك والبكاء ، وكذلك أقمنا الضحك مقامه

(فصـــل)

والثيب المعتبر نطقها هي الموطوءة في القبل، سواء كان الوطء حلالا أو حراما. وهذا مذهب الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة في المصابة بالفجور حكمها حكم البكر في إذنها وتزويجها، لأن علة الاكتفاء بصمات البكر الحياء، والحياء من الشيء لا يزول إلا بمباشرته ؛ وهذه لم تباشر بالإذن في النكاح فيبقى حياؤها منه بحاله. ولنا قوله صلى الله عليه وسلم «الثيب تعرب عن نفسها» ولأن قوله (ص) «لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن، وإذنها أن تسكت» يدل على أنه لا بد من نطق الثيب، لأنه قسم النساء قسمين، فجعل السكوت إذناً لأحدهما، فوجب أن يكون الآخر بخلافه، وهذه ثيب، فإن الثيب هي الموطوءة في القبل وهذه كذلك، ولانه لو أوصى لثيب النساء دخلت في الوصية، ولو أوصى للأبكار لم تدخل، ولو اشترطها في التزويج أو الشراء بكراً فوجدها مصابة بالزنا ملك الفسخ، ولانها موطوءة في القبل فأشبهت الموطوءة بشبهة. والتعليل بالحياء غير صحيح ؛ فإنه أمر خفي لا يمكن اعتباره بنفسه، وإنما يعتبر بمظنته وهي البكارة ثم هذا التعليل يفضي إلى إبطال منطوق الحديث فيكون باطلا في نفسه، ولا فرق بين المكرهة والمطاوعة، وعلى هذا ليس لنا إجبارها إذا كانت بالغة، وفي تزويجها ان كانت صغيرة وجهان. وقولهم إنها لم تباشر الإذن، قلنا يبطل بالموطوءة بشبهة أو في ملك يمين والمزوجة وهي صغيرة.

(فصل) وإن ذهبت عذرتها بغير جماع كالوثبة أو شدة حيضة أو باصبع أو عود ونحوه فحكمها حكم الابكار. ذكره ابن حامد لانها لم تختبر المقصود ولا وجد وطؤها في القبل فأشبهت من لم تزل عذرتها، ولو وطئت في الدبر لم تصر ثيبا ولا حكمها حكمهن لأنها غير موطوءة في القبل

(فصـــل) إذا اختلف الزوج والمرأة في إذنها في تزويجها قبل الدخول فالقول قولها في قول أكثر الفقهاء. وقال زفر في الثيب كقول أهل العلم وفي البكر القول قول الزوج، لان الاصل السكوت والكلام حادث، فالزوج يدعي الاصل فالقول قوله.

ولنا انها منكرة الاذن والقول قول المنكر، ولانه يدعي أنها استؤذنت وسمعت

فصمتت والاصل عدم ذلك ، وهذا جواب عن قوله ، وان اختلفا بعد الدخول فقال القاضى القول قول الزوج . ولان التمكين من الوطء دليل على الاذن وصحة النكاح وكان الظاهر معه ، وهل تستحلف المرأة اذا قلنا القول قولها ؟ قال القاضى قياس المذهب أنه لايمين عليها ، كما لو ادعى أنه زوجها فأنكرته . وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى وأبو يوسف ومحمد : تستحلف فإن نكلت فقال أبو يوسف ومحمد : يثبت النكاح . وقال الشافعى : يستحلف الزوج ويثبت النكاح

ولنا أنه اختلاف فى زوجية فلا يثبت بالنكول ولا يحلف المدعى معه ، كما لو ادعى الزوج أصل التزويج فأنكرته . فإن كانت المرأة ادعت أنها أذنت فأنكر ورثة الزوج فالقول قولها لانه اختلاف فى أمر يختص بها صادر من جهتها فالقول قولها فيه : كما لو اختلفوا فى نيتها فيما تعتبر فيه نيتها . ولانها تدعى صحة العقد وهم يدعون فساده فالظاهر معها

(فصـــــل فى المجنونة)

إن كانت ممن تجبر لو كانت عاقلة جاز تزويجها لمن يملك إجبارها لانه إذا ملك اجبارها مع عقلها وامتناعها فمع عدمه أولى . وان كانت ممن لا يجبر انقسمت ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يكون وليها الاب أو وصيه كالثيب الكبيرة فهذه يجوز لوليها تزويجها . ذكره القاضى ، وهو ظاهر كلام الخرقى . لأنه جعل للأب تزويج المعتوه فالمرأة أولى . وهذا قول الشافعى وأبى حنيفة . ومنع منه أبو بكر لأنها ولاية اجبار ، وليس على الثيب ولاية اجبار ، والاول أصح فإن ولاية الاجبار انما انتفت عن العاقلة لرأيها لحصول المباشرة منها والخبرة وهذه بخلاف ذلك ، وكذلك الحكم فى الثيب الصغيرة اذا قلنا بعدم الاجبار فى حقها اذا كانت عاقلة

القسم الثانى : أن يكون وليها الحاكم ففيها وجهان :

أحدهما : ليس له تزويجها بحال ، لأن هذه ولاية اجبار فلا تثبت لغير الأب كحال عقلها .

والثانى له تزويجها اذا ظهر منها شهوة الرجال ، كبيرة كانت أو صغيرة ، وهو اختيار ابن حامد وابى الخطاب وقول ابى حنيفة ، لان بها حاجة اليه لدفع ضرر

الشهوة عنها وصيانتها عن الفجور وتحصيل المهر والنفقة والعفاف وصيانة العرض ولا سبيل إلى إذنها فأبيح تزويجها كالثيب مع أبيها وكذلك ينبغي أن يملك تزويجها إن قال أهل الطب إن علتها تزول بتزوجها لأن ذلك من أعظم مصالحها، وقال الشافعي لا يملك تزويج صغيرة بحال ويملك تزويج الكبيرة إذا قال أهل الطب إن علتها تزول بتزوجها .

ولنا أن المعنى المبيح للتزويج وجد في حق الصغيرة فأبيح تزويجها كالكبيرة إذا ظهرت منها شهوة الرجال ففي تزويجها مصلحتها ودفع حاجتها فأشبه ما لو قال أهل الطب إنه يزيل علتها . وتعرف شهوتها من كلامها وقرائن أحوالها كتتبعها الرجال وميلها إليهم وأشباه ذلك .

القسم الثالث : من وليها غير الأب والحاكم فقال القاضي لا يزوجها غير الحاكم فيكون حكمها حكم القسم الثاني على ما بيناه .

وقال أبو الخطاب لهم تزويجها في الحال التي يملك الحاكم تزويج موليته فيها وهذا قول أبي حنيفة ، لأن ولايتهم مقدمة على ولاية الحاكم فقدموا عليه في التزويج كما لو كانت عاقلة ، ووجه قول القاضي أن الحاكم هو الناظر لها في مالها دونهم فيكون ولياً دونهم كتزويج أمتها ، ولأن هذا دفع حاجة ظاهرة فكانت إلى الحاكم كدفع حاجة الجوع والعري . فإن كان لها وصي في مالها لم يتملك تزويجها لأنه لا ولاية له في نكاحها والحكم في تزويجها حكم من وليها غير الأب والحاكم على ما ذكرنا .

« مسألة » قال (وإذا زوج ابنته بدون صداق مثلها ثبت النكاح بالمسمى وإن فعل ذلك غير الأب ثبت النكاح وكان لها مهر مثلها)

وجملة ذلك أن للأب تزويج ابنته بدون صداق مثلها ، بكراً كانت أو ثيبا ، صغيرة كانت أو كبيرة ، وبهذا قال أبو الخطاب ومالك ، وقال الشافعي ليس له ذلك فإن فعل فلها مهر مثلها لأنه عقد معاوضة فلم يجز أن ينقص فيه عن قيمة المعوض كالبيع ، ولأنه تفريط في مالها وليس له ذلك .

ولنا أن عمر رضي الله عنه خطب الناس فقال : ألا لا تغالوا في صداق النساء

فما أصدق رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدا من نسائه ولا أحداً من بناته أكثر من اثنتي عشر أوقية وكان ذلك بحضر من الصحابة ولم ينكروه فكان اتفاقا منهم على أن له أن يزوج بذلك وإن كان دون صداق المثل ، وزوج سعيد بن المسيب ابنته بدرهمين وهو من سادات قريش شرفا وعلما ودينا ، ومن المعلوم أنه لم يكن مهر مثلها ، ولأنه ليس المقصود من النكاح العوض وإنما المقصود السكن والازدواج ووضع المرأة عند من يكفيها في منصب ويصونها ويحسن عشرتها والظاهر من الأب مع تمام شفقته وبلوغ نظره أنه لا ينقصها من صداقها إلا لتحصيل المعاني المقصودة بالنكاح فلا ينبغي أن يمنع من تحصيل المقصود بتفويت غيره ويفارق سائر عقود المعاوضات فإن المقصود فيها العوض فلم يجز تفويته . فأما غير الأب فليس له أن ينقصها من مهر مثلها فان زوج بدون ذلك صح النكاح لأن فساد التسمية وعدمها لا يؤثر في النكاح ويكون لها مهر مثلها لأنه قيمة بضعها وليس للولي نقصها منه فرجعت إلى مهر مثلها والله أعلم .

(فصل) وتمام المهر على الزوج لأن التسمية ههنا فاسدة لكونها غير مأذون فيها شرعا فوجب على الزوج مهر المثل كما لو زوجها بمحرم وعلى الولي ضمانه لأنه المفرط فكان عليه الضمان كما لو باع مالها بدون ثمن مثله .

قال أحمد : أخاف أن يكون ضامنا وليس الاب مثل الولي ولا تملك المرأة الفسخ لانه قد حصل لها وجوب مهر مثلها والله أعلم .

« مسألة » قال (ومن زوج غلاما غير بالغ أو معتوها لم يجز إلا أن يزوجه والده أو وصي ناظر له في التزويج)

الكلام في هذه المسألة في فصول أربعة .

أحدها : أنه ليس لغير الاب أو وصيه تزويج الغلام قبل بلوغه . وقال القاضي في المجرد للحاكم تزويجه لانه يلي ماله . وقال الشافعي يملك ولي الصبي تزويجه ليألف حفظ فرجه عند بلوغه وليس بسديد فإن غير الاب لا يملك تزويج الجارية الصغيرة فالغلام أولى ويفارق الاب ووصيه فان لهما تزويج الصغيرة وولاية الإجبار وسواء أذن الغلام في تزويجه أو لم يأذن فانه لا إذن له .

الفصل الثاني في المعتوه : وهو الزائل العقل بجنون مطبق ليس لغير الاب ووصيه تزويجه . وهذا قول مالك . وقال أبو عبد الله بن حامد للحاكم تزويجه اذا ظهر منه شهوة النساء بأن يتبعهن ويريدهن وهذا مذهب الشافعي . لان ذلك من مصالحه وليس له حال ينتظر فيها اذنه . وقد ذكرنا توجيه الوجهين في تزويج المجنونة وينبغي على هذا القول أن يجوز تزويجه اذا قال أهل الطب ان في تزويجه ذهاب علته لانه من أعظم مصالحه والله أعلم .

الفصل الثالث : أن للأب أو وصيه تزويجهما سواء كان الغلام عاقلا أو مجنونا وسواء كان الجنون مستداما أو طارئا . فأما الغلام السليم من الجنون فلا نعلم بين أهل العلم خلافا في أن لأبيه تزويجه كذلك . قال ابن المنذر وممن هذا مذهبه الحسن والزهري وقتادة ومالك والثوري والاوزاعي واسحاق والشافعي وأصحاب الرأي لما روى أن ابن عمر زوج ابنه وهو صغير فاختصما الى زيد فأجازاه جميعا رواه الاثرم باسناده . فأما الغلام المعتوه فلأبيه تزويجه . وقال الشافعي لا يجوز لانه يلزمه التزويج حقوقا من المهر والنفقة مع عدم حاجته فلم يجز له ذلك كغيره من الاولياء .

ولنا أنه غير بالغ فملك أبوه تزويجه كالعاقل . ولانه اذا ملك تزويج العاقل مع أن له مع احتياجه الى التزويج رأيا ونظرا لنفسه فلأن يجوز تزويج من لا يتوقع فيه ذلك أولى . ويفارق غير الاب فانه لا يملك تزويج العاقل . وأما البالغ المعتوه فظاهر كلام أحمد والخرقي أن للأب تزويجه مع ظهور أمارات الشهوة وعدمها . وقال القاضي . انما يجوز تزويجه اذا ظهرت منه أمارات الشهوة باتباع النساء ونحوه وهو مذهب الشافعي . لان في تزويجه مع عدم حاجته اضرارا به بالزامه حقوقا لا مصلحة له في التزامها . وقال أبو بكر ليس للأب تزويجه بحال لانه رجل فلم يجز اجباره على النكاح كالعاقل . وقال زفر ان طرأ عليه الجنون بعد البلوغ لم يجز تزويجه وان كان مستداما جاز .

ولنا أنه غير مكلف فجاز لابيه تزويجه كالصغير فانه اذا جاز تزويج الصغير مع عدم حاجته في الحال وتوقع نظره عند الحاجة فهاهنا أولى .

ولنا على التسوية بين الطارىء والمستدام أنه معنى يثبت الولاية فاستوى

طارئه ومستدامه كالرق . ولأنه جنون يثبت الولاية على ماله فأثبتها عليه في النكاح كالمستدام . فأما اعتبار الحاجة فلا بد منها فإنه لا يجوز لوليه تزويجه إلا إذا رأى المصلحة فيه غير أن الحاجة لا تنحصر في قضاء الشهوة فقد تكون حاجته إلى الإيواء والحفظ وربما كان دواء له ويترجى به شفاؤه لجاز التزويج له كقضاء الشهوة والله أعلم .

(فصل) ومن يفيق في الأحيان لا يجوز تزويجه إلا بإذنه لأن ذلك ممكن ومن أمكن أن يتزوج لنفسه لا تثبت الولاية عليه كالعاقل ولو زال عقله ببرسام أو مرض مرجو الزوال فهو كالعاقل فإن ذلك لا يثبت الولاية على ماله فعلى نفسه أولى وإن لم يرج زواله فهو داخل فيما ذكرناه .

الفصل الرابع : أن وصي الأب في النكاح بمنزلته على ما ذكرنا في ثبوت الولاية للوصي على المرأة وفي هذا من الخلاف مثل ما فيه وإنما يثبت ذلك لوصي الأب في التزويج خاصة فإن كان وصيا في المال لم تكن له ولاية في التزويج لأنه إنما يستفيد بالتصرف بالوصية فلا يملك ما لم يوص به إليه ووصي غير الأب لا ولاية له على صبي أو مجنون لأن الموصي لا يملك ذلك فوصيه أولى .

(فصل)

وإن تزوج لصغير أو مجنون فإنه يقبل لهما النكاح ولا يجوز أن يأذن لهما في قبوله لأنهما ليسا من أهل التصرف ، وإن كان الغلام ابن عشر وهو مميز فقياس المذهب جواز تفويض القبول إليه حتى يتولاه لنفسه كما يفوض أمر البيع إليه ، ولأنه يملك إيقاع الطلاق بنفسه : وإن تزوج له الولي جاز كما يجوز أن يبتاع له وهذا على الرواية التي تقول بصحة بيعه ووقوع طلاقه ، وإن قلنا لا يصح ذلك منه فهذا أولى .

(فصل) وذكر القاضي أنه لا يجوز أن يتزوج لهما بزيادة على مهر المثل لأنه معاوضة في حق الغير فلم تجز الزيادة فيها على عوض المثل كبيع ماله ، وهذا مذهب الشافعي . وقد ذكرنا أن للأب تزويج ابنته بدون صداق مثلها فهذا مثله فإنه قد يرى المصلحة في ذلك لجاز له بذل المال فيه كما يجوز في مداواته بل الجواز ههنا أولى فإن الغالب أن المرأة لا ترضى بتزويج مجنون الا أن ترغب بزيادة على مهر

مثلها فيتعذر الوصول اليه بدون ذلك بخلاف المرأة . وذكر القاضي في المجرد أن قياس المذهب أنه لا يزوجه بأكثر من امرأة واحدة لعدم حاجته الى زيادة عليها فيكون بذلا لماله فيما لا حاجة به اليه . وذكر في الجامع أن له تزويج ابنه الصغير بأربع لانه قد يرى المصلحة فيه وليس له تزويجه بمعيبة عيبا يرد به في النكاح لان فيه ضرراً به وتفويتا لماله فيما لا مصلحة له فيه فان فعل خرج في صحة النكاح وجهان . فان قلنا يصح فهل للولي الفسخ في الحال ؟ على وجهين مضى توجيهها في تزويج الصغيرة بمعيب ومتى لم يفسخ حتى بلغ الصبي أو عقل المجنون فلهما الفسخ وليس له تزويجه بأمة لان اباحتها مشروطة بخوف العنت وهو معدوم في حق الصبي غير معدوم في المجنون .

(فصل) واذا زوج ابنه تعلق الصداق بذمة الابن موسراً كان أو معسرا لانه عقد للابن فكان عليه بدله كثمن المبيع وهل يضمنه الاب ؟ فيه روايتان .

احداهما : يضمنه نص عليه فقال تزويج الاب لابنه الطفل جائز ويضمن الاب المهر لانه التزم العوض عنه فضمنه كما لو نطق بالضمان ، والاخرى : لا يضمنه لانه عقد معاوضة ناب فيه عن غيره فلم يضمن عوضه كثمن مبيعه أو كالوكيل ، قال القاضي : هذا أصح وقال انما الروايتان فيما اذا كان معسرا أما الموسر فلا يضمن الاب عنه رواية واحدة فان طلق قبل الدخول سقط نصف الصداق ، فان كان ذلك بعد دفع الاب الصداق عنه رجع نصفه الى الابن وليس للأب الرجوع فيه بمعنى الرجوع في الهبة لان الابن ملكه بالطلاق عن غير أبيه فأشبه ما لو وهبه الاب أجنبيا ثم وهبه الاجنبي للابن ، ويحتمل أن يرجع فيه لانه تبرع عن ابنه فلم يستقر الملك حتى استرجعه الابن وكذلك الحكم فيما لو قضى الصداق عن ابنه الكبير ثم طلق قبل الدخول ، وان ارتدت قبل الدخول فالحكم في الرجوع في جميعه كالحكم في الرجوع في النصف بالطلاق .

(فصل في المحجور عليه للسفه) والكلام في نكاحه في ثلاثة أحوال . أحدها أن لوليه تزويجه اذا علم حاجته الى النكاح لانه نصب لمصالحه . وهذا من مصالحه لانه يصون به دينه وعرضه ونفسه فإنه ربما تعرض بترك التزويج للإثم

بالزنا والحد وهتك العرض وسواء علم بحاجته بقوله أو بغير قوله . وسواء كانت حاجته بالاستمتاع أو الى الخدمة فيزوجه إمرأة لتحل له لأنه يحتاج الى الخلوة بها وان لم يكن به حاجة اليه لم يجز تزويجه لأنه يلزمه بالنكاح حقوقا من المهر والنفقة والعشرة والمبيت والسكنى فيكون تضييعاً لماله ونفسه فى غير فائدة فلم يجز كتبذير ماله . واذا أراد تزويجه استأذنه فى تزويجه

فإن زوجه بغير اذنه فقال أصحابنا : يصح لأنه عقد معاوضة فملكه الولى فى حق المولى عليه كالبيع ، ولأنه محجور عليه أشبه الصغير والمجنون . ويحتمل أن لا يملك تزويجه بغير اذنه لأنه يملك الطلاق فلم يجبر على النكاح كالرشيد والعبد الكبير ، وذلك لأن اجباره على النكاح مع ملك الطلاق مجرد اضرار فإنه يطلق فيلزمه الصداق مع فوات النكاح ، ولانه قد يكون له غرض فى امرأة ولا يكون له فى أخرى فإذا أجبر على من يكرهها لم تحصل له المصلحة منها وفات عليه غرضه من الاخرى فيحصل مجرد ضرر مستغنى عنه ، وانما جاز ذلك فى حق المجنون والطفل لعدم امكان الوصول الى ذلك من قولها ولم يتعذر ذلك ههنا فوجب أن لا يفوت ذلك عليه كالرشيد .

الحال الثانى : أن للولى أن يأذن له فى التزويج فى الحال التى للولى تزويجه فيها وهى حالة الحاجة لانه من أهل النكاح فإنه عاقل مكلف ولذلك يملك الطلاق والخلع لجاز أن يفوض اليه ذلك ثم هو مخير بين أن يعين له المرأة أو يأذن له مطلقا ، وقال بعض الشافعية يحتاج الى التعيين لئلا يتزوج شريفة يكثر مهرها ونفقتها فيتضرر بذلك .

ولنا أنه أذن فى النكاح لجاز من غير تعيين كالإذن للعبد وبهذا يبطل ما ذكروه ولا يتزوج الا بمهر المثل فان زاد على مهر المثل بطلت الزيادة لأنها محاباة بماله ولا يملكها ، وان نقص عن مهر المثل جاز لأنه ربح من غير خسران .

الحال الثالث : اذا تزوج بغير اذن ، فقال أبو بكر : يصح النكاح أومأ اليه أحمد ، قال القاضى : يعنى اذا كان محتاجا فان عدمت الحاجة لم يجز لأنه اتلاف لماله فى غير فائدة ، وقال أصحاب الشافعى ان أمكنه استئذان وليه لم يصح الا باذنه

لانه محجور عليه فلم يصح منه التصرف بغير اذن كالعبد . وان طلب منه النكاح فابى أن يزوجه ففيه وجهان .

ولنا أنه اذا احتاج الى النكاح لحقه متعين فيه فصح استيفاؤه بنفسه كما لو استوفى دينه الحال عند امتناع وليه من استيفائه . فأما ان تزوج من غير حاجة لم يصح فان وطىء الزوجة فعليه مهر المثل لأنه أتلف بضعها بشبهة فلزمه عوض ما أتلف كما لو أتلف مالها .

(فصل) وليس لغير الاب تطليق امرأة المولى عليه سواء كان ممن يملك التزويج كوصي الأب والحاكم على قول ابن حامد أو لا يملكه لا نعلم فى هذا خلافا ، فأما الاب اذا زوج ابنه الصغير أو المجنون فقد قال أحمد فى رجلين زوج أحدهما ابنه بابنة الآخر وهما صغيران ثم ان الأبوين كرها هل لهما أن يفسخا ؟ فقال قد اختلف فى ذلك وكأنه رآه ، قال أبو بكر لم يبلغنى عن أبى عبد الله فى هذه المسألة الا هذه الرواية فتتخرج على قولين

أحدهما يملك ذلك ، وهو قول عطاء وقتادة لأنها ولاية يستفيد بها تمليك البضع لجاز أن يملك بها ازالته اذا لم يكن منهما كالحاكم يملك الطلاق على الصغير والمجنون بالاعتبار ، والقول الثانى : لا يملك ذلك . وهو قول أبى حنيفة ومالك والشافعى لقول النبي صلى الله عليه وسلم ، انما الطلاق لمن أخذ بالساق ، ولانه لا يملك البضع فلا يملك الطلاق بنفسه كوصي الأب والحاكم وكالسيد يزوج عبده الصغير ، وبهذه الاصول يبطل دليل القول الاول .

(فصل) واذا ادعت امرأة المجنون عنته لم تضرب له مدة لأنها لا تثبت الا باقرار الزوج ولا حكم لإقراره ، وان أقر بالعنة وهو صحيح فضربت له المدة ثم جن وانقضت المدة وطالبت المرأة بالفسخ لم يفسخ لانها ان كانت ثيباً فالقول قوله وان كانت بكراً فادعى منعها اياه نفسها وأنه وطئها فعادت عذرتها فله استحلافها فاذا كان لا يعبر عن نفسه لم يستحلف ولا يثبت ما قاله فلم يفسخ عليه .

مسألة قال (واذا زوج أمته بغير اذنها فقد لزمها النكاح كبيرة كانت أو صغيرة)

لا نعلم فى هذا خلافا وذلك لأن منافعها مملوكة له والنكاح عقد على منفعتها

فأشبه عقد الاجاره ولذلك ملك الاستمتاع بها وبهذا فارقت العبد ولأنه ينتفع بتزويجها لما حصل له من مهرها وولدها ويسقط عنه من نفقتها وكسوتها بخلاف العبد .

(فصل) والمدبرة والمعلق عتقها بصفة وأم الولد كالأمة القن في إجبارها على النكاح . وقال مالك آخر أمره ليس له تزويج أم ولده بغير إذنها وكرهه ربيعة . وللشافعي فيه قولان لأنه لا يملك التصرف في رقبتها فكذلك لا يملك تزويجها بغير إذنها كأخته .

ولنا أنها مملوكته يملك الاستمتاع بها وإجارتها فملك تزويجها كالقن ولأنها إحدى منفعتيها فملك أحد عوضيها كسائر منافعها . وماذكروه يبطل بابنته الصغيرة لا يملك رقبتها ويملك تزويجها . وإذا ملك أخته من الرضاع أو مجوسية فله تزويجهما وان كانتا محرمتين عليه لأن منافعهما ملكه وانما حرمتا عليه لعارض . فأما التي بعضها حر فلا يملك سيدها اجبارها لانه لا يملك جميعها ولا يملك اجبار المكاتبة لانها بمنزلة الخارجة عن ملكه ولذلك لا يملك وطأها ولا اجارتها ولا تلزمه نفقتها ولا يصل اليه مهرها فهي كالعبد .

فصل

فإن طلبت الامة من سيدها تزويجها فإن كان يطؤها لم يجبر على تزويجها لان عليه ضرراً في تزويجها ووطؤه لها يدفع حاجتها فإن كان لا يطؤها لكونها محرمة عليه كالمجوسية وأخته من الرضاع أو محللة له لكن لا يرغب في وطئها أجبر على تزويجها أو وطئها ان كانت محللة له وازالة ملكه عنها لانه وليها فاجبر على تزويجها كالحرة . ولأن حاجتها قد تشتد الى ذلك فأجبر على دفعها كالاطعام والكسوة واذا امتنع أجبره الحاكم . وان طلبت منه من نصفها حر أو المكاتبة أو أم الولد التزويج أجبر عليه لانه وليهن فأجبر على تزويجهن كالحرائر .

(فصل) واذا اشترى عبده المأذون أمة وركبته ديون ملك سيده تزويجها وبيعها واعتاقها . نص عليه أحمد وذكره أبو بكر وقال السيد وطؤها ، وقال الشافعي ليس له شيء من ذلك لما فيه من الاضرار بالغرماء . وأصل الخلاف يبنى على دين المأذون له في التجارة فعندنا يلزم السيد فلا يلحق الغرماء ضرر بتصرف

السيد فى الأمة فإن الدين ما تعلق بها وعنده أن الدين يتعلق بالعبد وبما فى يده فيلحقهم الضرر والكلام على هذا يذكر فى موضعه

(فصل) وليس للسيد اكراه أمته على التزويج بمعيب عيبا يرد به فى النكاح لأنه يؤثر فى الاستمتاع وذلك حق لها ولذلك ملكت الفسخ بالجب والعنة والامتناع من العبد دون السيد وفارق بيعها من معيب لأنه لا يراد للاستمتاع ولهذا ملك شراء الأمة المحرمه ولم تملك الأمة الفسخ لعيبه ولا عنته ولا ايلائه ، وان زوجها من معيب فهل يصح ؟ على وجهين ، فإن قلنا يصح فلها الفسخ ، وان كانت صغيرة فهل له الفسخ فى الحال أو ينتظر بلوغها ؟ على وجهين ، ومذهب الشافعى هكذا فى هذا الفصل كله

(مسألة) قال (ومن زوج عبده وهو كاره لم يجز الا أن يكون صغيراً)

الكلام فى هذه المسألة فى فصلين :

أحدهما : أن السيد لا يملك اجبار عبده البالغ العاقل على النكاح ، وبهذا قال الشافعى فى أحد قوليه ، وقال مالك وأبو حنيفة له ذلك لقول الله تعالى (وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم) ولأنه يملك رقبته فملك اجباره على النكاح كالأمة ولانه يملك اجارته ، فأشبه الأمة .

ولنا أنه مكلف يملك الطلاق فلا يجبر على النكاح كالحر ولأن النكاح خالص حقه ونفعه له فأشبه الحر . والأمر بإنكاحه مختص بحال طلبه بدليل عطفه على الايامى وانما يزوجن عند الطلب ومقتضى الامر الوجوب وانما يجب تزويجه عند طلبه . وأما الأمة فانه يملك منافع بضعها والاستمتاع بها بخلاف العبد . ويفارق النكاح الإجارة لانها عقد على منافع بدنه وهو يملك استيفاءها .

الفصل الثانى فى العبد الصغير الذى لم يبلغ فللسيد تزويجه فى قول أكثر أهل العلم الا أن بعض الشافعيه قال فيه قولان ، وقال أبو الخطاب يحتمل الا يملك تزويجه .

ولنا أنه اذا ملك تزويج ابنه الصغير فعبده مع ملكه له وتمام ولايته عليه أولى وكذلك الحكم فى عبده المجنون .

(فصل) والمهر والنفقة على السيد سواء ضمنهما أو لم يضمنهما وسواء باشر العقد أو أذن لعبده فعقده وسواء كان مأذونا له فى التجارة أو محجوراً عليه ، نص عليه أحمد وعنه ما يدل على أن ذلك يتعلق بكسبه فانه قال نفقته من ضريبته وقال ان كان بقيمة ضريبته أنفق عليها ولا يعطى المولى ، وان لم يكن عنده ما ينفق يفرق بينهما . وهذا قول الشافعى

وفائدة الخلاف أن من ألزم السيد المهر والنفقة أوجبهما عليه ، وان لم يكن للعبد كسب وليس للمرأة الفسخ لعدم كسب العبد وللسيد استخدامه ومنعه من الاكتساب ومن علقه بكسبه فلم يكن له كسب فللمرأة الفسخ وليس للسيد منعه من الكسب .

ولنا أنه حق تعلق بالعبد برضا سيده فتعلق بسيده وجاز بيعه فيه كما لو رهنه بدين ، فعلى هذا لو باعه سيده أو أعتقه لم يسقط المهر عن السيد ، نص عليه لأنه حق تعلق بذمته فلم يسقط ببيعه وعتقه كأرش جنايته ، فأما النفقة فانها تتجدد فتكون فى الزمن المستقبل على المشترى أو على العبد اذا أعتق .

فصل

ويجوز أن يتزوج السيد لعبده باذنه ويجوز أن يأذن للعبد فيتزوج لنفسه لانه مكلف يصح طلاقه فكان من أهل مباشرة النكاح كالحر ويجوز أن يأذن له مطلقا ومقيداً ، فان عين له امرأة أو نساء بلد أو قبيلة أو حرة أو أمة فتزوج غيرها لم يصح لانه متصرف بالاذن فتقيد تصرفه بما أذن له فيه كالوكيل وان أذن له مطلقا فله أن يتزوج من شاء لكن ان تزوج امرأة من بلدة أخرى فللسيد منعه من الخروج اليها وان كانت فى البلد فعلى السيد ارساله ليلا للاستمتاع وان أحب سيده أن يسكنها فى مسكن من داره فله ذلك اذا كان مسكن مثلها ولا يلزمه ارساله نهاراً لانه يحتاج الى استخدامه وليس النهار محلا للاستمتاع ولسيده المسافرة به فان حق امرأة العبد عليه لا يزيد على حق امرأة الحر والحر يملك المسافرة وان كرهت امرأته كذا ههنا .

(فصل) وللسيد أن يعين له المهر وله أن يطلق فان تزوج بما عينه أو دونه أو بمهر المثل عند الاطلاق أو دونه لزم المسمى وان تزوج بأكثر من ذلك لم يلزم

السيد الزيادة ، وهل تتعلق برقبة العبد أو بذمته يتبع بها بعد العتق ؟ على روايتين بناء على استدانة العبد المحجور عليه . وقد ذكر فى باب المضاربة

(فصل) وان تزوج أمة ثم اشتراها باذن سيده لسيده لم يؤثر ذلك فى نكاحه وان اشتراها لنفسه وقلنا ان العبد لا يملك بالتمليك فكذلك . وان قلنا يملك بالتمليك انفسخ نكاحه كما لو اشترى الحر امرأته وله وطؤها بملك اليمين اذا أذن له السيد فان كان نصفه حراً فاشتراها فى ذمته أو بما يختص بملكه انفسخ نكاحه لانه ملكها وحلت له بملك يمينه وان ملك بعضها انفسخ نكاحه ولم تحل له لانه لا يملك جميعها وان اشتراها بعين مال مشترك بينه وبين سيده بغير اذنه وقلنا لا تفرق الصفقة لم يصح البيع والنكاح بحاله وان قلنا بتفريقها صح فى قدر ماله وانفسخ النكاح لملكه بعضها .

فصل

وان اشترت الحرة زوجها أو ملكته بهبة أو غيرها انفسخ النكاح لان ملك النكاح واليمين يتنافيان لاستحالة كون الشخص مالكا لمالكه ولان المرأة تقول أنفق على لانى امرأتك وأنا أسافر بك لانك عبدى ، ويقول هو أنفق على لانى عبدك وأنا أسافر بك لانك امرأتى فيتنافى ذلك فيثبت أقواهما وهو ملك اليمين وينفسخ النكاح لانه أضعف ولها على سيده المهر ان كان بعد الدخول وله عليها الثمن فان كان دينين من جنس تقاصا وتساقطا وان كانا متساويين وان تفاضلا سقط الاقل منهما بمثله وبقى الفاضل . وان اختلف جنسهما لم يتساقطا وعلى كل واحد منهما تسليم ما عليه الى صاحبه . وقال الشافعى فى أحد قوليه : يسقط مهرها لانه دين فى ذمة العبد فاذا ملكته لم يجز أن يثبت لها دين فى ذمة عبدها كما لو أتلف لها مالا . وهذا بناء منه على أن المهر يتعلق بذمة العبد وقد بينا أنه يتعلق بذمة سيده فلا يؤثر ملك العبد فى اسقاطه .

وذكر القاضى فيه وجها أنه يسقط لان ثبوت الدين فى ذمة السيد تبع لثبوته فى ذمة العبد فاذا سقط من ذمة العبد سقط من ذمة السيد تبعا كالدين الذى على الضامن اذا سقط من ذمة المضمون عنه ولا يعرف هذا فى المذهب : ولانه ثبت فى الذمتين جميعا احداهما تبعا للاخرى بل المذهب على أنه لا يسقط بعد الدخول بحال

فأما ان كان الشراء قبل الدخول سقط نصفه كما لو طلقها قبل دخوله بها وفى سقوط باقيه وجهان .

أحدهما لا يسقط . لان زوال الملك انما هو بفعل البائع فالفسخ اذاً من جهته فلم يسقط جميع المهر كالخلع .

والثانى : يسقط . لان الفسخ انما تم بشراء المرأة . فأشبه الفسخ بالعيب فى أحدهما وفسخها لاعساره وشراء الرجل لامرأته .

(فصل) فان ابتاعته بصداقها صح . نص عليه أحمد وذكره أبو بكر والقاضى ويرجع عليها بنصفه إن قلنا يسقط نصفه أو بجميعه إن قلنا يسقط جميعه ، ويحتمل أن لا يصح البيع ، وهو قول أصحاب الشافعى ، لأن ثبوته يقتضى نفيه ، فإن صحة البيع تقتضى فسخ النكاح وسقوط المهر يقتضى بطلان البيع لأنه عوض ولا يصح بغير عوض . ولنا أنه يجوز أن يكون ثمنا لغير هذا العبد ، فجاز أن يكون ثمنا له كغيره من الديون ، وما سقط منه يرجع عليه به

﴿ مسألة ﴾ قال (فإذا زوج الوليان فالنكاح للأول منهما)

وجملة ذلك أنه ان كان للمرأة وليان فأذنت لكل واحد منهما فى تزويجها جاز سواء أذنت فى رجل معين أو مطلقا فقالت قد أذنت لكل واحد من أوليائى فى تزويجى من أراد ، فإذا زوجها الوليان لرجلين وعلم السابق منهما فالنكاح له دخل بها الثانى أو لم يدخل . وهذا قول الحسن والزهرى وقتادة وابن سيرين والأوزاعى والثورى والشافعى وأبي عبيد وأصحاب الرأى ، وبه قال عطاء ومالك ما لم يدخل بها الثانى فإن دخل بها الثانى صار أولى لقول عمر إذا أنكح الوليان فالأول أحق ما لم يدخل بها الثانى ، ولأن الثانى اتصل بعقده القبض فكان أحق

ولنا ما روى سمرة وعقبة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « أيما امرأة زوجها وليان فهى للأول » أخرج حديث سمرة أبو داود والترمذى وأخرجه النسائى عنه وعن عقبة .

وروى نحو ذلك عن على وشريح ، ولأن الثانى تزوج امرأة فى عصمة زوج فكان باطلا ، كما لو علم أن لها زوجا ، ولأنه نكاح باطل لو عرى عن الدخول

فكان باطلا وان دخل كنكاح المعتـــدة والمرتد وكما لو علم ، فأما حديث عمر رضي الله عنه فلم يصححه أصحاب الحديث وقد خالفه قول علي رضي الله عنه وجاء على خلاف حديث النبي صلى الله عليه وسلم ، وما ذكروه من القبض لا معنى له ، فان النكاح يصح بغير قبض ، على أنه لا أصل له فيقاس عليه ، ثم يبطل بسائر الأنكحة الفاسدة

(فصل : اذا استوى الأولياء في الدرجة كالاخوة وبنيهم والأعمام وبنيهم فالأولى تقديم أكرم وأفضلهم . لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما تقدم اليه محيصة وحويصة وعبد الرحمن بن سهل . فتكلم عبد الرحمن بن سهل وكان أصغرهم فقال النبي صلى الله عليه وسلم «كبر كبر» أي قدم الاكبر قدم الاكبر ، فتكلم حويصة ، وإن تشاحوا ولم يقدموا الاكبر أقرع بينهم . لأن حقهم استوى في القرابة ، وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا أراد السفر أقرع بين نسائه لتساوي حقوقهن ، كذا ههنا ، فان بدر واحد منهم فزوج كفؤاً باذن المرأة صح . وان كان هو الاصغر المفضول الذي وقعت القرعه لغيره . لانه تزويج صدر من ولي كامل الولاية باذن موليته ، فصح كما لو انفرد وإنما القرعة لازالة المشاحة

«مسألة» قال : فان دخل بها الثاني وهو لا يعلم أنها ذات زوج فرق بينهما وكان لها عليه مهر مثلها ولم يصبها زوجها حتى تحيض ثلاث حيض بعد آخر وقت وطئها الثاني)

أما اذا علم الحال قبل وطء الثاني لها فانها تدفع الى الاول ولا شيء على الثاني لان عقده عقد فاسد لا يوجب شيئا ، وان وطئها الثاني وهو لا يعلم فهو وطء شبهة يجب لها به المهر وترد الى الاول ولا يحل له وطؤها حتى تنقضي عدتها بثلاث حيض إن كانت من ذوات الاقراء ولم تحمل ، نص عليه أحمد ، وهو قول قتادة والشافعي وابن المنذر

وقال أحمد رحمه الله : لها صداق بالمسيس وصداق من هذا ، ولا يرد الصداق الذي يؤخذ من الداخل بها على الذي دفعت إليه ، وذلك لان الصداق في مقابلة الاستمتاع بها فكان لها دون زوجها ، كما لو وطئت بشبهة أو مكرهة ، ولا يحتاج

هذا النكاح الثانى إلى فسخ لأنه باطل ، ولا يجب لها المهر إلا بالوطء دون مجرد الدخول والوطء دون الفرج لأنه نكاح باطل لا حكم له ، ويجب مهر المثل لأنه يجب بالإصابة لا بالتسمية . وذكر أبو بكر أن الواجب المسمى ، قال القاضى : هو قياس المذهب والأول أصح لما قلناه والله أعلم

« مسألة » قال (فإن جهل الأول منهما فسخ النكاحان)

وجملة ذلك أنه إذا جهل الأول منهما فلا فرق بين أن لا يعلم كيفية وقوعهما أو يعلم ان أحدهما قبل الآخر لا بعينه ، أو يعلم بعينه ثم يشك ، فالحكم فى جميعها واحد وهو أن يفسخ الحاكم النكاحين جميعاً . نص عليه أحمد فى رواية الجماعة ، ثم تتزوج من شاءت منهما أو من غيرهما وهذا قول أبى حنيفة ومالك . وعن أحمد رواية أخرى أنه يقرع بينهما فمن تقع له القرعة أمر صاحبه بالطلاق ثم يجدد القارع نكاحه ، فإن كانت زوجته لم يضره تجديد النكاح شيئا وان كانت زوجة الآخر بانت منه بطلاقه وصارت زوجة هذا بعقده الثانى ، لأن القرعة تدخل التمييز بالحقوق عند التساوى كالسفر باحدى نسائه والبداءة بالمبيت عند إحداهن وتعيين الأنصباء فى القسمة .

وقال الثورى وأبو ثور يجبرهما السلطان على أن يطلق كل واحد منهما طلقة فإن أبيا فرق بينهما : وهذا قريب من قولنا الأول لأنه تعذر إمضاء العقد الصحيح فوجب إزالة الضرر بالتفريق

وقال الشافعى وابن المنذر : النكاح مفسوخ لأنه تعذر إمضاؤه . وهذا لا يصح فإن العقد الصحيح لا يبطل بمجرد إشكاله ، كما لو اختلف المتبايعان فى قدر الثمن فإن العقد لا يزول إلا بفسخه ، كذا ههنا . وقد روى عن شريح وعمر بن العزيز وحماد بن أبى سليمان أنها تخير فأيهما اختارته فهو زوجها ، وهذا غير صحيح فإن أحدهما ليس بزوج لها فلم تخير بينهما ، كما لو لم يعقد إلا أحدهما ، كما لو أشكل على الرجل امرأته فى النساء أو على المرأة زوجها ، الا أن يريدوا بقولهم انها إذا اختارت أحدهما فرق بينها وبين الآخر ثم عقد المختار نكاحها فهذا حسن فانه يستغنى بالتفريق بينها وبين أحدهما عن التفريق بينها وبينهما جميعا وفسخ أحد

النكاحين عن فسخهما ، فان أبت أن تختار لم تجبر ، وكذلك ينبغى أنه اذا أقرع بينهما فوقعت القرعة لأحدهما لم تجبر على نكاحه لأنه لا يعلم أنه زوجها فيتعين إذاً فسخ النكاحين ولها أن تتزوج من شاءت منهما أو من غيرهما فى الحال إن كان قبل الدخول ، وإن كان أحدهما دخل بها لم تنكح حتى تنقضى عدتها من وطئه .

(فصـــل)

فإن ادعى كل واحد منهما أنه السابق بالعقد ولا بينة لهما لم يقبل قوليهما ، وإن أقرت المرأة لاحدهما لم يقبل إقرارها نص عليه أحمد : وقال أصحاب الشافعى يقبل كما لو أقرت ابتداء .

ولنا أن الخصم فى ذلك هو الزوج الاخير فلم يقبل إقرارها فى إبطال حقه كما لو أقرت عليه بطلاق ، وان ادعى الزوجان على المرأة أنها تعلم السابق منهما فأنكرت لم تستحلف لذلك . وقال أصحاب الشافعى : تستحلف بناء منهم على أن إقرارها مقبول ، فإن فرق بينها وبين أحدهما لاختيارها لصاحبه أو لوقوع القرعة له وأقرت له أن عقده سابق فينبغى أن يقبل إقرارها لانهما اتفقا على ذلك من غير خصم منازع فأشبه ما لو لم يكن صاحب عقد آخر

(فصـل) وان علم أن العقدين وقعا معاً لم يسبق أحدهما الآخر فهما باطلان لا حاجة الى فسخهما لانهما باطلان من أصلهما ولا مهر لها على واحد منهما ولا ميراث لها منهما ولا يرثها واحد منهما كذلك . وان لم يعلم ذلك فسخ نكاحهما فروى عن أحمد أنه يجب لها نصف المهر ويقترعان عليه لان عقد أحدهما صحيح وقد انفسخ نكاحه قبل الدخول فوجب عليه نصف مهرها كما لو خالعها . وقال أبو بكر : لا مهر لها لانهما مجبران على الطلاق فلم يلزمهما مهر ، كما لو فسخ الحاكم نكاح رجل لعسره أو عنته . وان ماتت قبل الفسخ والطلاق فلأحدهما نصف ميراثها فيوقف الامر حتى يصطلحا عليه ، ويحتمل أن يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف أنه المستحق وورث . وان مات الزوجان فلها ربع ميراث أحدهما فان كانت قد أقرت أن أحدهما سابق بالعقد فلا ميراث لها من الآخر وهى تدعى ربع ميراث من أقرت له ، فان كان قد ادعى ذلك أيضا دفع اليها ربع ميراثه ،

وإن لم يكن ادعى ذلك وأنكر الورثة فالقول قولهم مع أيمانهم فإن نكلوا قضى عليهم ، وإن لم تمكن المرأة أقرت بسبق أحدهما احتمل أن يحلف ورثة كل واحد منها ويبرأ ، واحتمل أن يقرع بينهما فمن خرجت قرعته فلها ربع ميراثه ، وقد روى حنبل عن أحمد فى رجل له ثلاث بنات زوج إحداهن من رجل ثم مات الأب ولم يعلم أيتهن زوج يقرع بينهن فأيتهن أصابتها القرعة فهى زوجته . وإن مات الزوج فهى التى ترثه والله أعلم .

(فصل) وإن ادعى كل واحد منهما أنه السابق فأقرت لأحدهما ثم فرق بينهما وقلنا بوجوب المهر وجب على المقر له دون صاحبه لإقراره لها به وإقرارها ببراءة صاحبه ، وان ماتا ورثت المقر له دون صاحبه كذلك ؛ وان ماتت هى قبلهما احتمل أن يرثها المقر له كما ترثه واحتمل أن لا يقبل اقرارها له كما لم تقبله فى نفسها ، وان لم تقر لأحدهما الا بعد موته فهو كما لو أقرت فى حياته ، وليس لورثة كل واحد منهما الانكار لاستحقاقها لأن موروثه قد أقر لها بدعواه صحة نكاحها وسبقه بالعقد عليها ، وان لم يقر لواحد منهما أقرع بينهما وكان لها ميراث من تقع عليه القرعة ، وان كان أحدهما قد أصابها فإن كان هو المقر له أو كانت لم تقر لواحد منهما فلها المسمى لأنه مقر لها به وهى لا تدعى سواه . وان كانت مقرة للآخر فهى تدعى مهر المثل وهو يقر لها بالمسمى أو اصطلحا فلا كلام ، وان كان مهر المثل أكثر حلف على الزائد وسقط فإن كان المسمى أكثر فهو مقر لها بالزيادة وهى تنكرها فلا تستحقها والله أعلم .

(فصل)

وان ادعى زوجية امرأة ابتداء فأقرت له بذلك ثبت النكاح وتوارثا ، وقال أبو الخطاب فى ذلك روايتان . والصحيح أنه مقبول لأنها رشيدة أقرت بعقد يلزمها حكمه فقبل اقرارها كما لو أقرت أن وليها باع أمتها قبل بلوغها فأنكر أبوها تزويجها لم يقبل انكاره لأن الحق على غيره وقد أقر به ، وكذلك لو ادعى أنه تزوج امرأة بولى وشاهدين عينهما فأقرت المرأة بذلك وأنكر الشاهدان لم يلتفت الى انكارهما لان الشهادة انما يحتاج اليها مع الانكار ، ويحتمل أن لا يقبل اقرارها مع انكار أبيها لان تزويجها اليه دونها فإن ادعى نكاحها

فلم تصدقه حتى ماتت لم يرثها . وان مات قبلها فاعترفت بما قال ورثته لكمال الاقرار منهما بتصديقها وكذلك لو أقرت المرأة دونه فمات قبل أن يصدقها لم ترثه . وان ماتت فصدقها ورثها لما ذكرنا .

« مسألة » قال (واذا تزوج العبد بغير اذن سيده فنكاحه باطل)

أجمع أهل العلم على أنه ليس للعبد أن ينكح بغير اذن سيده . فإن نكح لم ينعقد نكاحه فى قولهم جميعاً ، وقال ابن المنذر . أجمعوا على أن نكاحه باطل والصواب ما قلنا ان شاء الله . فإنهم اختلفوا فى صحته ، فعن أحمد فى ذلك روايتان . أظهرهما : أنه باطل ، وهو قول عثمان وابن عمر . وبه قال شريح ، وهو مذهب الشافعى . وعن أحمد : أنه موقوف على اجازة السيد . فإن أجازه جاز ، وان رده بطل ، وهو قول أصحاب الرأى ، لانه عقد يقف على الفسخ فوقف على الاجازة كالوصية .

ولنا ما روى جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيما عبد تزوج بغير اذن مواليه فهو عاهر » رواه الاثرم وابن ماجه ، وروى الخلال بإسناده عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيما عبد تزوج بغير اذن مواليه فهو زان » قال حنبل : ذكرت هذا الحديث لابى عبد الله قال : هذا حديث منكر ، ورواه أيضاً عن ابن عمر موقوفاً عليه من قوله . ولانه نكاح فقد شرطه فلم يصح كما لو تزوجها بغير شهود .

« مسألة » قال (فان دخل بها فعلى سيده خمسا المهر كما قال عثمان رضى الله عنه الا أن يجاوز الخمسان قيمته فلا يلزم سيده أكثر من قيمته أو يسلمه)

فى هذه المسألة خمسة فصول . الاول : فى وجوب المهر وله حالان .

أحدهما : أن لا يدخل بها فلا مهر لها لانه عقد باطل فلا يوجب بمجرده شيئا كالبيع الباطل ، وهكذا سائر الانكحة الفاسدة لا توجب بمجردها شيئا .

الحال الثانى . أن يصيبها فالصحيح من المذهب أن المهر يجب ، رواه عنه جماعة وروى عنه حنبل أنه لا مهر لها اذا تزوج العبد بغير اذن سيده ، وهذا يمكن حمله

على ما قبل الدخول فيكون موافقاً لرواية الجماعة ويمكن حمله على عمومه فى عدم الصداق وهو قول ابن عمر رواه الاثرم عن نافع قال : كان اذا تزوج مملوك لابن عمر بغير اذنه جلده الحد وقال للمرأة : انك أبحت فرجك ، وأبطل صداقها ووجهه أنه وطىء امرأة مطاوعة فى غير نكاح صحيح فلم يجب به مهر كالمطاوعة على الزنا ، قال القاضي : هذا اذا كانا عالمين بالتحريم . فأما ان جهلت المرأة ذلك فلها المهر ، لانه لا ينقص عن وطء الشبهة ويمكن حمل هذه الرواية على أنه لا مهر لها فى الحال بل يجب فى ذمة العبد تنتفع به بعد العتق . هو قول الشافعى الجديد ، لان هذا حق لزمه برضى من له الحق فكان محله الذمة كالدين ، والصحيح أن المهر واجب لقوله عليه السلام « أيما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل ، فان أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها » وهذا قد استحل فرجها فيكون مهرها عليه . ولانه استوفى منافع البضع باسم النكاح فكان المهر واجباً كسائر الانكحة الفاسدة .

الفصل الثانى : أن المهر يتعلق برقبته يباع فيه الا بفدية السيد ، وقد ذكرنا احتمالا آخر ، أنه يتعلق بذمة العبد . والاول أظهر ، الا أن الوطء أجرى مجرى الجناية الموجبة للضمان بغير اذن المولى . ولذلك وجب المهر ههنا وفى سائر الانكحة الفاسدة ولو لم تجر مجراها ما وجب شيء لانه برضى المستحق والله أعلم .

الفصل الثالث : أن الواجب من المهر خمساه : وهو قول عثمان بن عفان رضى الله عنه وعمل به أبو موسى . وعن أحمد أنها ان علمت أنه عبد فلها خمسا المهر واذا لم تعلم فلها المهر فى رقبة العبد . وعنه أن الواجب مهر المثل : وهو قول أكثر الفقهاء لانه وطء يوجب المهر فأوجب مهر المثل بكماله كالوطء فى النكاح بلا ولى ، وفى سائر الانكحة الفاسدة ، ووجه الاولى ماروى الامام أحمد باسناده عن خلاس أن غلاما لابى موسى تزوج بمولاة تيجان التيمى بغير اذن أبى موسى ، فكتب فى ذلك الى عثمان . فكتب اليه عثمان أن فرق بينهما وخذ لها الخمسين من صداقها ، وكان صداقها خمسة أبعرة . ولان المهر أحد موجبى الوطء فجاز أن ينقص العبد فيه عن الحر كالحد فيه أو أحد العوضين فى النكاح فينقص العبد كعدد المنكوحات :

الفصل الرابع . أنه يجب خمسا المسمى ، لأنه صار فيه الى قصة عثمان رضي الله عنه . وظاهرها أنه أوجب خمسي المسمى ، ولهذا قال : وكان صداقها خمسة أبعرة ، ولأنه لو اعتبر مهر المثل أوجب جميعه كسائر قيم المتلفات ولأوجب القيمة وهي الأثمان دون الابعرة . ويحتمل أنه يجب خمسا مهر المثل ، لانه عوض عن جناية فكان المرجع فيه الى قيمة المحل كسائر أروش الجنايات وقيمة المحل مهر المثل .

الفصل الخامس : أن الواجب ان كان زائداً على قيمة العبد لم تلزم السيد الزيادة لان الواجب عليه ما يقابل قيمة العبد بدليل أنه لو سلم العبد لم يلزمه شيء فاذا أعطى القيمة فقد أعطى ما يقابل الرقبة فلم تلزمه زيادة عليه . وان كان الواجب أقل من قيمة العبد لم يلزمه أكثر من ذلك لانه أرش الجناية فلا يجب عليه أكثر منها والخيرة في تسليم العبد وفدائه الى السيد ، وهذا قد ذكرناه في غير هذا الموضع بابين من هذا .

(فصل)

اذا أذن السيد لعبده في تزويجه بمعينة ، أو من بلد معين : أو من جنس معين ، فنكح غير ذلك فنكاحه فاسد والحكم فيه كما ذكرنا . وان أذن له في تزويج صحيح فنكح نكاحاً فاسداً فكذلك لانه غير مأذون له فيه . وان أذن له في النكاح وأطلق فنكح نكاحا فاسداً . احتمل أن يكون كذلك . لان الاذن في النكاح لا يتناول الفاسد ، واحتمل أن يتناوله اذنه . لان اللفظ باطلاقه يتناوله ، وان أذن له في نكاح فاسد وحصلت الإصابة فيه فعلى سيده جميع المهر لانه باذنه والله أعلم .

• مسألة • قال (واذا تزوج الامة على أنها حرة فأصابها وولدت منه فالولد حر وعليه أن يفديهم والمهر المسمى ويرجع به على من غره ويفرق بينهما ان لم يكن ممن يجوز له أن ينكح الاماء ، وان كان ممن يجوز له أن ينكح فرضي بالمقام فما ولدت بعد الرضا فهو رقيق)

في هذه المسألة ستة فصول ، أحدها : أن النكاح لا يفسد بالغرور ، وهو

قول أبي حنيفة ، وقال الشافعي في أحد قوليه . يفسد لانه عقد على حرة ولم يوجد فأشبه ما لو قال بعتك هذا الفرس فإذا هو حمار .

ولنا أن المعقود عليه في النكاح الشخص دون الصفات فلا يؤثر عدمها في صحته كما لو قال . زوجتك هذه البيضاء فإذا هي سوداء ، أو هذه الحسناء فإذا هي شوهاء ، وكذا يقول في الاصل الذي ذكره أن العقد الذي ذكروه صحيح . لان المعقود عليه العين المشار اليها ، وان سلمناه فالفرق بينهما من وجهين .

أحدهما : أن ثم فاتت الذات فان ذات الفرس غير ذات الحمار ، وههنا اختلفا في الصفات ، والثاني . أن البيع يؤثر فيه فوات الصفات بدليل أنه يرد بفوات أي شيء كان فيه نفع منها والنكاح بخلافه .

الفصل الثاني : أن أولاده أحرار منها بغير خلاف نعلمه لانه اعتقد حريتها فكان أولاده أحرارا لاعتقاده ما يقتضي حريتهم كما لو اشترى أمة يعتقدها ملكا لبائعها فبانت مغصوبة بعد أن أولدها .

الفصل الثالث : أن على الزوج فداء أولاده كذلك قضى عمر رضي الله عنه وعلي وابن عباس رضي الله عنهما ، وهو قول مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي : وعن احمد رواية أخرى ليس عليه فداؤهم ، لان الولد ينعقد حر الاصل فلم يضمنه لسيد الامة لانه لم يملكه وعنه انه يقال له : افد اولادك والا فهم يتبعون امهم : فظاهر هذا انه خيره بين فدائهم وبين تركهم رقيقا : لانهم رقيق بحكم الاصل فلم يلزمه فداؤهم كما لو وطئها وهو يعلم رقها ، وقال الخلال : اتفق عن ابي عبد الله انه يفدي ولده ، وقال اسحاق عنه في موضع : ان الولد له وليس عليه ان يفديهم وأحسبه قولا اول لابي عبد الله . والصحيح ان عليه فداءهم لقضاء الصحابة به . ولانه نماء الامة المملوكة فسبيله ان يكون مملوكا لمالكها وقد فوت رقه باعتقاد الحرية فلزمه ضمانهم كما لو فوت رقهم بفعله وفي فدائهم ثلاث مسائل .

الاولى : في وقته وذلك حين وضع الولد ، قضى بذلك عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم وهو قول الشافعي ، وقال أبو ثور والثوري وأصحاب الرأي يضمنهم بقيمتهم يوم الخصومة لانه انما يضمنهم بالمنع ولم يمنعهم الا حال الخصومة .

ولنا أنه محكوم بحريته عند الوضع فوجب أن يضمنه ، لأنه فات رقه من حينئذ ، ولأن القيمة التي تزيد بعد الوضع لم تكن مملوكة لمالك الأمة فلم يضمنها كما بعد الخصومة : فإن قيل فقد كان محكوما بحريته وهو حين قلنا الا أنه لم يمكن تضمينه حينئذ لعدم قيمته والاطلاع عليه فأوجبنا ضمانه فى أول حال يمكن تضمينه وهو حال الوضع .

المسألة الثانية فى صفة الفداء . وفيها ثلاث روايات . إحداهن : بقيمتهم وهو قول أكثر الفقهاء لقول النبى صلى الله عليه وسلم من أعتق شقصا من عبد قوّم عليه نصيب شريكه ولأن الحيوان من المتقومات لا من ذوات الأمثال فيجب ضمانه بقيمته كما لو أتلفه .

والثانية : يضمنهم بمثلهم عبيداً الذكر بذكر والأنثى بأنثى لما روى سعيد بن المسيب قال : أبقت جارية لرجل من العرب وانتمت الى بعض العرب فتزوجها رجل من بنى عذرة ثم إن سيدها دب فاستاقها واستاق ولدها فاختصموا إلى عمر رضي‌الله عنه فقضى للعذرى بفداء ولده بغرة غرة مكان كل غلام ومكان كل جارية بجارية وكان عمر يقوم الغرة على أهل القرى ومن لم يجد غرة ستين ديناراً ولأن ولد المغرور حر فلا يضمن بقيمته كسائر الأحرار، فعلى‌هذه‌الرواية ينبغى أن‌ينظر الى مثلهم فى الصفات تقريبا لأن الحيوان ليس من ذوات الأمثال : ويحتمل أن يجب مثلهم فى القيمة وهو قول أبى بكر .

الثالثة : هو مخير بين فدائهم بمثلهم أو قيمتهم : قال أحمد فى رواية الميمونى اما القيمة أو رأس برأس لأنهما جميعا يرويان عن عمر ولكن لا أدرى اى الاسنادين أقوى وهذا اختيار أبى بكر، وقال فى المقنع الفدية غرة بغرة بقدر القيمة أو القيمة وأيها أعطى أجزاه ووجه ذلك أنه تردد بين الجنين الذى يضمن بغرة وبين إلحاقه بغيره من المضمونات فاقتضى التخيير بينهما ، والصحيح أنه يضمن بالقيمة كسائر المضمونات المتقومات ، وقول عمر قد اختلف عنه فيه ، قال أحمد فى رواية أبى طالب وعليه قيمتهم مثل قول عمر وإذا تعارضت الروايات عنه وجب الرجوع الى القياس .

المسألة الثالثة فيمن يضمن منهم : وهو من ولد حيا لوقت يعيش لمثله سواء عاش أو مات بعد ذلك ، وقال مالك والثورى وأبو ثور وأصحاب الرأى لا ضمان على الأب لمن مات منهم قبل الخصومه وهذا مبنى على وقت الضمان وقد ذكرناه ، فأما السقط ومن ولد لوقت لا يعيش فى مثله وهو دون ستة أشهر فلا ضمان لأنه لا قيمة له .

الفصل الرابع فى المهر : ولا يخلو أن يكون ممن يجوز له نكاح الإماء أو لا فإن كان ممن يجوز له نكاح الاماء وقد نكحها نكاحا صحيحا فلها المسمى وان لم يدخل بها واختار الفسخ فلا مهر لها لأن الفسخ تعذر من جهتها فهى كالمعيبة يفسخ نكاحها وان كان ممن لا يجوز له نكاح الإماء فالعقد فاسد من أصله ولا مهر فيه قبل الدخول فإن دخل بها فعليه مهرها وهل يجب المسمى أو مهر المثل ؟ على روايتين ذكرناهما فيما مضى . وكذلك ان كان ممن يجوز له نكاح الاماء لكن تزوجها بغير إذن سيدها أو نحو ذلك مما يفسد به النكاح .

الفصل الخامس : أنه يرجع بما غرمه على من غره فى المهر وقيمة الاولاد ، وهذا اختاره الخرقى ، ورواية عن أحمد قال ابن المنذر : كذلك قضى عمر وعلى وابن عباس ، وبه قال الشافعى فى القديم .

والرواية الاخرى : لا يرجع بالمهر ، وهو اختيار أبى بكر ، قال . وهو قول على ، وبه قال الثورى وأبو ثور وأصحاب الرأى والشافعى فى الجديد . لانه وجب عليه فى مقابلة نفع وصل اليه وهو الوطء فلم يرجع به ، كما لو اشترى مغصوبا فأكله ، بخلاف قيمة الولد فإنها لم تحصل فى مقابلة عوض ، لأنها وجبت بحرية الولد ، وحرية الولد للولد لا لأبيه .

قال القاضى والمذهب أنه يرجع بالمهر لان أحمد قال : كنت أذهب الى حديث على ثم كأنى هبته ، وكأنى أميل الى حديث عمر يعنى فى الرجوع ، ولأن العاقد ضمن له سلامة الوطء كما ضمن له سلامة الولد ، فكما يرجع عليه بقيمة الولد كذلك يرجع بالمهر ، قال وعلى هذا الأصل يرجع بأجرة الخدمة إذا غرمها كما يرجع بالمهر ، ولا أعرف عن أصحابنا بينهما فرقا وقال : إذا ثبت هذا فإن كان الغرور من السيد فقال : هى حرة عتقت ، وان كان بلفظ غير هذا لم تثبت به الحرية ،

فلا شيء له لأنه لا فائدة في أن يجب له ما يرجع به عليه ؛ وان كان الغرور من وكيله رجع عليه في الحال ، وان كان من أجنبي رجع عليه أيضاً ، وان كان منها فليس لها في الحال مال فيتخرج فيها وجهان بناء على دين العبد بغير إذن سيده هل يتعلق برقبته أو بذمته يتبع به بعد العتق ؟ قال القاضي قياس قول الخرقي أنه يتعلق بذمتها لأنه قال في الامة إذا خالعت زوجها بغير إذن سيدها يتبعها به إذا عتقت كذا ههنا ويتبعها بجميعه .

وظاهر كلام أحمد أن الغرور إذا كان من الأمة لم يرجع على أحد فإنه قال إذا جاءت الأمة فقالت اني حرة فولت أمرها رجلا فزوجها من رجل ثم ظهر عليها مولاها قال فداك ولده على الأب لأنه لم يغره أحد ، وأما إذا غره رجل فزوجها على أنها حرة فالفداء على من غره ، يروى هذا عن علي وابراهيم وحماد وكذلك قال الشعبي .

وإن قلنا يتعلق برقبتها فالسيد مخير بين فدائها بقيمتها ان كانت أقل مما يرجع به عليها أو يسلمها فإن إختار فداءها بقيمتها سقط قدر ذلك عن الزوج فإنه لا فائدة في أن نوجبه عليه ثم نرده اليه ، وان اختار تسليمها سلمها وأخذ ما وجب له وذكر القاضي أن الغرور الموجب للرجوع أن يكون اشتراط الحرية مقارناللعقد فيقول زوجتكها على أنها حرة فإن لم تكن كذلك لم تملك الفسخ ، وهذا مذهب الشافعي ، والصحيح خلاف هذا قال لأن الصحابة الذين قضوا بالرجوع لم يفرقوا بين أنواع الغرور ولم يستفصلوا ، والظاهر أن العقد لم يقع هكذا ولم تجر العادة به في العقود فلا يجوز حمل قضائهم المطلق على صورة نادرة لم تنقل ، ولأن التغرير قد يكون من المرأة ولا لفظ لها في العقد ولأنه متى أخبره بحريتها أو أوهمه ذلك بقرائن تغلب على ظنه حريتها فنكحها على ذلك ورغب فيها بناء عليه وأصدقها صداق الحرائر ثم لزمه الغرم فقد استضر بناء على قول المخبر له والغار فتجب إزالة الضرر عنه بإثبات الرجوع على من غره وأضر به ، فعلى هذا إن كان الغرور من اثنين أو أكثر فالرجوع على جميعهم وان كان الغرر منها ومن الوكيل فعلى كل واحد منهما نصفه والله أعلم .

الفصل السادس : أن الزوج إن كان ممن يحرم عليه نكاح الاماء وهو ممن

يجد الطول أو لا يخشى العنت فإنه يفرق بينهما لأننا بينا أن النكاح فاسد من أصله لعدم شرطه وهكذا لو كان تزويجها بغير اذن سيدها أو اختل شرط من شروط النكاح فهو فاسد يفرق بينهما والحكم فى الرجوع على ما ذكرنا ، وان كان ممن يجوز له نكاح الاماء وكانت شرائط النكاح مجتمعة فالعقد صحيح وللزوج الخيار بين الفسخ والمقام على النكاح وهذا معنى قول الخرقى فرضى بالمقام معها وهذا الظاهر من مذهب الشافعى : وقال أبو حنيفة لا خيار له لأن الكفاءة غير معتبرة فى جانب المرأة لانه يملك الطلاق .

ولنا أنه عقد غر فيه أحد الزوجين بحرية الآخر فثبت له الخيار كالآخر فإن الكفاءة وان لم تعتبر فإن عليه ضرراً فى استرقاق ولده ورق امرأته وذلك أعظم من فقد الكفاءة .

فأما الطلاق فلا يندفع به الضرر فإنه سقط نصف المسمى والفسخ يسقط جميعه فإذا فسخ قبل الدخول فلا مهر لها ، وان رضى بالمقام معها فله ذلك لأنه يحل له نكاح الاماء وما ولدت بعد ذلك فهو رقيق لسيدها لأن المانع من رقهم فى الغرور اعتقاد الزوج حريتها وقد زال ذلك بالعلم ، ولو وطئها قبل علمه فعلقت منه ثم علم قبل الوضع فهو حر لأنه وطئها يعتقد حريتها .

فصل

والحكم فى المدبرة وأم الولد والمعتقة بصفة كالأمة القن لانها ناقصة بالرق إلا أن ولد أم الولد والمدبرة يقوم كأنه عبد له حكم أمه وكذلك من أعتق بعضها إلا أنه إذا فدى الولد لم يلزمه إلا فداء ما فيه من الرق لان بقيته حر بحرية أمه لا باعتقاد الوطء فإن كانت مكاتبة فكذلك إلا أن مهرها لها لأنه من كسبها وكسبها لها وتجب قيمة ولدها على الرواية المشهورة .

قال أبو بكر : ويكون ذلك لها تستعين به فى كتابتها ، فان كان الغرور منها فلا شيء لها اذ لا فائدة فى ايجاب شيء لها يرجع به عليها وان كان الغرور من غيرها غرمه لها ويرجع به على من غره .

(فصـــل) ولا يثبت أنها أمة بمجرد الدعوى فان قام بذلك بينة ثبت ، وان أقرت أنها أمة فقال أحمد فى رواية أبي الحارث لا يستحقها باقرارها وذلك لأن

اقرارها يزيل النكاح عنها ويثبت حقا على غيرها فلم يقبل كاقرارها بمال على غيرها ، وقال في رواية حنبل لا شيء له حتى يثبت أو تقر هي أنها أمة. فظاهر هذا أنه يقبل اقرارها لأنها مقرة على نفسها بالرق أشبه غير الزوجة . والأول أولى ولا نسلم أنه يقبل من غير ذات الزوج اقرارها بالرق بعد اقرارها بالحرية لأنها أقرت بما يتعلق به حق الله تعالى .

(فصل)

اذا حملت المغرور بها فضرب بطنها ضارب فألقت جنيناً ميتا فعلى الضارب غرة لان هذا الجنين محكوم بحريته ويرثها ورثته من كانوا . وعلى الضارب كفارة القتل وان كان الضارب أباه لم يرثه وورثه أقاربه ولا يجب بدل هذا الولد للسيد لأنه انما يستحق بدل حي وهذا ميت . ويحتمل أن يجب له عشر قيمة أمه لأن الواطيء فوت ذلك عليه باعتقاد الحرية ولولاء لوجب له ذلك .

(فصل) اذا تزوجت المرأة عبداً على أنه حر فالنكاح صحيح ، وهذا قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لان اختلاف الصفة لا يمنع صحة العقد كما لو تزوج أمة على أنها حرة وهذا اذا كملت شروط النكاح وكان ذلك باذن سيده ، وان كانت المرأة حرة ، وقلنا الحرية ليست من شروط الكفاءة أو ان فقد الكفاءة لا يبطل النكاح فهو صحيح وللمرأة الخيار بين الفسخ والامضاء فان اختارت امضاءه فلأوليائها الاعتراض عليها لعدم الكفاءة .

وان كانت أمة فينبغي أن يكون لها الخيار أيضا لانه لما ثبت الخيار للعبد اذا غر من أمة ثبت الأمة اذا غرت بعبد وكل موضع حكمنا بفساد العقد فرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها ، وان كان بعده فلها مهر المثل أو المسمى على ما قدمنا من الاختلاف ، وكل موضع فسخ النكاح مع القول بصحته قبل الدخول فلا شيء لها ، وان كان بعده فلها المسمى لانه فسخ طرأ على نكاح فأشبه الطلاق .

(فصل) فان غرها بنسب فبان دونه وكان ذلك مخلا بالكفاءة وقلنا بصحة النكاح فلها الخيار فان اختارت الامضاء فلأوليائها الاعتراض عليها ، وان لم يخل بالكفاءة فلا خيار لها لأن ذلك ليس بمعتبر في النكاح فأشبه ما لو شرطه فقيها فبان بخلافه وكذلك ان شرطت غير النسب فان كان مما يعتبر في الكفاءة فهو

كما لو تبين أنه غير مكافىء لها فى النسب ، وان لم يعتبر فى الكفاءة كالفقه والجمال وأشباه ذلك فلا خيار لها لأن ذلك مما لا يعتبر فى النكاح فلا يؤثر اشتراطه، وذكر فيما إذا بان نسبه دون ماذكر وجه فى ثبوت الخيار لها إن لم يخل بالكفاءة والأولى ماذكرناه والله أعلم .

« مسألة » قال (وإذا كان المغرور عبداً فولده أحرار ويفديهم إذا عتق ويرجع به على من غره)

وجملة ذلك أن المغرور إذا كان عبداً فولده أحرار ، وقال أبو حنيفة : يكون رقيقا لأن أبويه رقيق وليس ذلك بصحيح فإنه وطئها معتقداً حريتها فكان ولده حرا كولد الحر فان هذا هو العلة المقتضية للحرية فى محل الوفاق ولولا ذلك لكان رقيقا فان علة رق الولد رق الأم خاصة ولا عبرة بحال الأب بدليل ولد الحر من الامة وولد الحر من العبد وعلى العبد فداؤهم لانه فوت رقهم باعتقاده وفعله ولا مال له فى الحال فيخرج فى ذلك وجهان .

أحدهما : يتعلق برقبته بمنزلة جنايته . والثانى : بذمته يتبع به بعد العتق بمنزلة عوض الخلع من الامة إذا بذلته بغير إذن سيدها ويفارق الاستدانة والجناية لانه إذا استدان أتلف مال الغريم فكان جناية منه وههنا لم يجن فى الاولاد جناية وانما عتقوا من طريق الحكم وما حصل له منهم عوض فيكون ذلك فى ذمته يتبع به بعد العتق ويرجع به حين يغرمه فإنه لا ينبغى أن يجب له بدل ما لم يفت عليه . وأما الحرية فتتعجل فى الحال ، وإن قلنا ان الفداء يتعلق برقبته وجب فى الحال ويرجع به سيده فى الحال ويثبت للعبد الخيار اذا علم كما ثبت للحر لمن يحل له نكاح الاماء لان عليه ضررا فى رق ولده ونقصا فى استمتاعه فانها لا تبيت معه ليلا ونهارا ولم يرض به . ويحتمل أن لا يثبت له خيار لانه فقد صفة لا ينقص بها عن رتبته فأشبه مالو شرط نسب امرأة فبانت بخلافه لانها مساوية لنسبه بخلاف تغرير الحر .

وقال بعض الشافعية لاخيار له قولا واحدا . وقال بعضهم فيه قولان والاولى ماذكرناه . وإذا اختار الاقامة فالمهر واجب لا يرجع به على أحد ، وان اختار

الفسخ قبل الدخول فلا مهر وان كان بعده والنكاح باذن سيده فالمهر واجب عليه وفى الرجوع به خلاف ذكرناه فيما مضى وان كان بغير اذنه فالنكاح فاسد فان دخل بها فى قدر ما يجب عليه وجهان . أحدهما مهر المثل . والثانى : الخمسان ، وهل يرجع به ؟ على وجهين .

(فصل) فان شرط أنها مسلمة فبانت كافرة فله الخيار لانه نقص وضرر يتعدى الى الولد فأشبه مالو شرطها حرة فبانت أمة .

(فصــــل)

فان شرطها بكرا فبانت ثيبـــا فعن أحمد كلام يحتمل أمرين . أحدهما : لا خيار له لان النكاح لا يرد فيه بعيب سوى ثمانية عيوب فلا يرد منه بمخالفة الشرط والثانى له الخيار لانه شرط صفة مقصودة فبان خلافها فيثبت له الخيار كالو شرط الحرية ، وعلى هذا لو شرطها ذات نسب فبانت دونه أو شرطها بيضاء فبانت سوداء أو شرطها طويلة فبانت قصيرة أو حسناء فبانت شوهاء خرج فى ذلك كله وجهان ونحو هذا مذهب الشافعى .

وقال أبو ثور : القياس أن له الرد ان كان فيه اختلاف وان كان اجماعا فالاجماع أولى من النظر ، قال ابن المنذر لا أعلم أحدا وافق أباثور على مقالته ، وممن الزم الزوج من هذه صفتها الثورى والشافعى وأحمد واسحاق وأصحاب الرأى وروى الزهرى أن رجلا تزوج امرأة فلم يجدها عذراء كانت الحيضة خرقت عذرتها فارسلت اليه عائشة ان الحيضة تذهب العذرة يقينا . وعن الحسن والشعبى وابراهيم فى الرجل اذا لم يجد امرأته عذراء ليس عليه شيء العذرة تذهبها الوثبة وكثرة الحيض والتعنيش والحمل الثقيل والله أعلم .

(فصل) واذا تزوج امرأة يظنها حرة فبانت أمة أو يظنها مسلمة فبانت كافرة أو تزوجت عبدا تظنه حرا فلهم الخيار كما لو شرط ذلك ، نص عليه أحمد فى امرأة تزوجت عبدا تظنه حرا فلها الخيار ، وقال الشافعى فى الامة لا خيار له وفى الكافرة له الخيار ، وقال بعضهم فيهما جميعا قولان .

ولنا : أن بعض الرق أعظم ضررا فانه يؤثر فى رق ولده ويمنع كمال استمتاعه فكان له الخيار كما لو كانت كافرة .

(فصل) وإن شرطها أمة فبانت حرة ، أو ذات نسب فبانت أشرف منه أو على صفة دنيئة فبانت خيراً من شرطه أو كافرة فبانت مسلمة فلا خيار له فى ذلك لأنه زيادة . وقال ابو بكر : له الخيار إذا بانت مسلمة ، لأنه قد يكون له غرض فى عدم وجوب العبادات والأول أولى

(فصل) وكل موضع ثبت له الخيار ففسخ قبل الدخول فلا مهر عليه ، وإن فسخ بعده وكان التغرير ممن له المهر فلا شيء عليه أيضاً ، وإن كان من غيره فعليه المهر يدفعه ثم يرجع به على الغار ، فإن كان التغرير من أوليائها رجع عليهم وإن علم بعضهم احتمل أن يرجع عليه وحده لأنه الغار : واحتمل أن يرجع على جميعهم لأن حقوق الآدميين فى العمد والسهو سواء

« مسألة » قال (وإذا قال قد جعلت عتق أمتى صداقها بحضرة شاهدين فقد ثبت العتق والنكاح ، وإذا قال : أشهد أنى قد أعتقتها وجعلت عتقها صداقها كان العتق والنكاح أيضاً ثابتين ، سواء تقدم القول العتق أو تأخر إذا لم يكن بينهما فصل ، فإن طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمتها)

فى هذه المسئلة خمس فصول

الأول أن ظاهر المذهب أن الرجل إذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها فهو نكاح صحيح ، نص عليه أحمد فى رواية جماعة . وروى ذلك عن على رضى الله عنه وفعله أنس بن مالك ، وبه قال سعيد بن المسيب وابو سلمة بن عبد الرحمن والحسن والزهرى وإسحاق . وقال الأوزاعى : يلزمها ان تتزوجه ، وروى المروذى عن احمد : اذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها يوكل رجلا يزوجه ، وظاهر هذا أنه لم يحكم بصحة النكاح ، وقال ابو الخطاب هى الصحيحة ، واختارها القاضى وابن عقيل ، وهو قول ابى حنيفة ومالك والشافعى لأنه لم يوجد إيجاب وقبول فلم يصح لعدم أركانه ، كما لو قال أعتقتك وسكت ، ولأنها بالعتق تملك نفسها فيجب أن يعتبر رضاها ، كما لو فصل بينهما: ولأن العتق يزيل ملكه عن الاستمتاع بحق الملك فلا يجوز أن يستبيح الوطء بالمسمى ، فإنه لو قال بعتك هذه الامة على ان تزوجنيها بالثمن لم يصح .

ولنا ماروى أنس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتق صفية وجعل عتقها صداقها » متفق عليه ، وفى لفظ « أعتقها وتزوجها » فقلت يا أبا حمزة ما أصدقها ؟ قال نفسها عتقها. وروى الاثرم بإسناده عن صفية قالت: أعتقنى رسول الله (ص) وجعل عتقى صداقى ، وبإسناده عن على رضى الله عنه أنه كان يقول : إذا أعتق الرجل أم ولده فجعل عتقها صداقها فلا بأس بذلك ، ومتى ثبت العتق صداقا ثبت النكاح ، لان الصداق لا يتقدم النكاح . ولو تأخر العتق عن النكاح لم يجز فدل على أنه انعقد بهذا اللفظ ، ولانه لم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم انه استأنف عقدا ولو استأنفه لظهر ونقل كما نقل غيره . ولأن من جاز له تزويج امرأة لغيره من غير قرابة جاز له أن يتزوجها كالامام ، وقولهم لم يوجد إيجاب ولا قبول عديم التأثير ، فإنه لو وجد لم يحكموا بصحته وعلى انه ان لم يوجد فقد وجد ما يدل عليه وهو جعل العتق صداقا ، فأشبه ما لو تزوج امرأة هو وليها . وكما لو قال الخاطب للولى أزوجت؟ فقال نعم ، وقال للزوج أقبلت ؟ قال نعم عند أصحابنا ، وكما لو أتى بالكنايات عند ابى حنيفة ومن وافقه .

الفصـــل الثانى : ان النكاح ينعقد بقوله : أعتقتك وجعلت عتقك صداقك وتزوجتك ، وبذلك خاليا عن قوله : وتزوجتك ، وهذا لفظ الخرقى وهو الذى جاء فى حديث أنس ، وبقوله جعلت عتقك صداقك وجعلت صـــداقك عتقك ، وهذا معنى قول الخرقى سواء تقدم العتق أو تأخر ، ونص أحمد على هذا فى رواية صالح : إذا قال جعلت عتقك صداقك أو صداقك عتقك ،كل ذلك جائز .

الفصل الثالث : أن لا يكون بينهما فصل . ولو قال أعتقتك وسكت سكوتا يمكنه الكلام فيه ، أو تكلم بكلام أجنبي ثم قال : جعلت عتقك صداقك لم يصح النكاح لانها صارت بالعتق حرة فيحتاج إلى تزويجها برضاها بصداق جديد

الفصل الرابع : انه لا بد من شاهدين إذا قلنا باشتراط الشهادة فى النكاح نص عليه احمد فى رواية الجماعة ، وذلك لقوله « لا نكاح الا بولى وشاهدين »

الفصل الخامس : انه اذا طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصفـــ قيمتها لأن الطلاق قبل الدخول يوجب الرجوع فى نصفــ مافرض لها ، وقد فرض لها نفسها

ولا سبيل الى الرجوع فى الرق بعد زواله فرجع بنصف قيمة نفسها ، وبهذا قال الحسن والحكم . وقال الاوزاعى : يرجع بربع قيمتها

ولنا أنه طلاق قبل الدخول فأوجب الرجوع فى النصف كسائر الطلاق وتعتبر القيمة حالة الإعتاق لانها حالة الإتلاف ، فإن لم تكن قادرة على نصف القيمة فهل تستسعى فيها أو تكون دينا تنظر به إلى حال القدرة ؟ على روايتين ، وإن قلنا إن النكاح لا ينعقد بهذا القول فعليها قيمة نفسها ، لأنه أزال ملكه بعوض لم يسلم له فرجع الى قيمة المفوت كالبيع الفاسد ، وكذلك إن قلنا إن النكاح انعقد به فارتدت قبل الدخول أو فعلت ما ينفسخ به نكاحها ، مثل ان أرضعت زوجة له صغيرة ونحو ذلك انفسخ نكاحها وعليها قيمة نفسها

(فصل)

وإن قال لأمته أعتقتك على أن تزوجينى نفسك ويكون عتقك صداقك أو لم يقل ويكون عتقك صداقك فقبلت عتقت ولم يلزمها أن تزوجه نفسها لأنه سلف فى نكاح فلم يلزمها ، كما لو أسلف حرة ألفا على أن يتزوجها ، ولأنها أسقطت حقها من الخيار قبل وجود سببه فلم يسقط كالشفيع يسقط شفعته قبل البيع ويلزمها قيمة نفسها ، أومأ اليه أحمد فى رواية عبد الله ، وهو مذهب الشافعى ، لانه أزال ملكه منها بشرط عوض لم يسلم له فاستحق الرجوع بقيمته ، كالبيع الفاسد إذا تلفت السلعة فى يد المشترى ، والنكاح الفاسد إذا اتصل به الدخول ، ويحتمل أن لا يلزمها شيء بناء على ما إذا قال لعبده : أعتقتك على أن تعطينى ألفا . وهذا قول مالك وزفر ، لأن هذا ليس بلفظ شرط ، فأشبه ما لو قال : أعتقتك وزوجينى نفسك ، وتعتبر القيمه حالة العتق ويطالبها بها فى الحال ان كانت قادرة عليها ، وان كانت معسرة فهل تنظر الى الميسرة أو تجبر على الكسب ؟ على روايتين أصلهما فى المفلس هل يجبر على الكسب ؟ على روايتين

(فصل) وان اتفق السيد وأمته على أن يعتقها وتزوجه نفسها ، فتزوجها على ذلك صح ولا مهر لها غير ماشرط من العتق وبه قال أبو يوسف . وقال أبو حنيفة والشافعى : لا يكون العتق صداقا ، لكن ان تزوجها على القيمة التى له فى ذمتها وهما يعلمان القيمة صح الصداق

ولنا أن العتق صلح صداقا فى حق النبى صلى الله عليه وسلم فيجوز فى حق أمته كالدراهم ، ولأنه يصلح عوضاً فى البيع فإنه لو قال أعتق عبدك على ألف جاز فلأن يكون عوضاً فى النكاح أولى فإن النكاح لا يقصد فيه العوض وعلى هذا لو تزوجها على أن يعتق أباها صح نص عليه أحمد فى رواية عبد الله .

إذا ثبت هذا : فإن العتق يصير صداقا كما لو دفع إليها مالا ثم تزوجها عليه فإن بذلت له نفسها ليتزوجها فامتنع لم يجبر وكانت له القيمة لأنها إذا لم تجبر على تزويجه نفسها لم يجبر هو على قبولها ، وحكم المدبرة والمعتقة بصفة وأم الولد حكم الأمة القن فى جميع ما ذكرناه .

(فصل) فإن أعتقت امرأة عبدها بشرط أن يتزوجها عتق ولا شيء عليه لأن النكاح يحصل به الملك للزوج وليس بمملوك به فإذا اشترطت عليه إثبات الملك له لم يلزمه ذلك كما لو اشترطت عليه أن تملكه داراً . ولو أراد العبد تزوجها لم تجبر لأن الشرط لها فلا يوجب عليها كما لو شرط السيد على أمته أن تزوجه نفسها لم يلزمه ذلك .

(فصل) ولا بأس أن يعتق الرجل الأمة ثم يتزوجها سواء أعتقها لوجه الله تعالى أو أعتقها ليتزوجها ، وكره أنس تزويج من أعتقها لله تعالى ، قال الأثرم قلت لأبى عبد الله : روى شعبة عن قتادة عن أنس : أنه كره أن يعتق الأمة ثم يتزوجها ؟ فقال نعم ، قال إذا أعتقها لله كره أن يرجع فى شيء منها .

ولنا ما روى أبو موسى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من كانت عنده جارية فعلمها وأحسن إليها ثم أعتقها وتزوجها فذلك له أجران » متفق عليه ، ولأنه إذا تزوجها فقد أحسن إليها بإعفافها وصيانتها فلم يكره كما لو زوجها غيره وليس فى هذا رجوع فيما جعل لله فإنه إنما يتزوجها بصداقها فهو بمنزلة من اشترى منها شيئاً .

(فصل) وإذا أراد أن يتزوجها بعد عتقها لم يحتج إلى استبراء سواء كان يطؤها أو لم يكن لأن الاستبراء لصيانة الماء ولا يصان ذلك عنه ، فإن اشترى أمة فأعتقها قبل أن يستبرئها لم يحل له أن يتزوجها ولا يزوجها حتى يستبرئها لأنه كان واجباً فلا يسقط بإعتاقه لها .

قال أحمد فى الرجل تكون له الأمة لا يطؤها فيعتقها : لا يتزوجها من يومها حتى يستبرئها فان كان يطؤها فأعتقها تزوجها من يومه ومتى شاء لأنها فى مائه ، قال القاضى : معنى قوله : إن كان يطؤها : أن يحل له وطؤها وهى التى قد استبرأها .

وقوله : إن كان لا يطؤها أى لا يحل له وطؤها وهى التى لم يمض عليها زمان الاستبراء فلا يحل له تزوجها حتى يستبرئها . وإذا مضى لها بعض الاستبراء قبل عتقها أتمته بعده ، ولا يلزمها استئناف الاستبراء لأن الاستبراء وجب بالشراء لا بالعتق فيحسب ابتداؤه من حين وجد سببه .

(فصل) وإن قال أعتق عبدك على أن أزوجك ابنتى فأعتقه لم يلزمه أن يزوجه ابنته لانه سلف فى النكاح وعليه قيمة العبد . وقال الشافعى فى أحد قوليه لا يلزمه شيء لأنه لا فائدة له فى العتق

ولنا أنه أزال ملكه عن عبده بعوض شرطه فلزمه عوضه كما لو قال أعتق عبدك عنى وعلى ثمنه وكما لو قال طلق زوجتك وعلى ألف لطلقها أو قال ألق متاعك فى البحر وعلى ثمنه وبهذه الأصول يبطل قولهم أنه لا فائدة له فى العتق

(مسألة) قال (وإذا قال الخاطب للولى أزوجت فقال نعم وقال للزوج أقبلت قال نعم فقد انعقد النكاح إذا حضره شاهدان)

وقال الشافعى : لا ينعقد حتى يقول معه زوجتك ابنتى ويقول الزوج قبلت هذا التزويج لان هذين ركنا العقد ولا ينعقد بدونهما .

ولنا أن نعم جواب لقوله أزوجت وقبلت والسؤال يكون مضمراً فى الجواب معاداً فيه فيكون معنى نعم من الولى زوجته ابنتى ومعنى نعم من المتزوج قبلت هذا التزويج ولا احتمال فيه فيجب أن ينعقد به ولذلك لما قال الله تعالى (هل وجدتم ما وعد ربكم حقا ؟ قالوا نعم) كان إقراراً منهم بوجدان ذلك أنهم وجدوا ما وعدهم ربهم حقا . ولو قيل لرجل لى عليك ألف درهم قال نعم كان إقراراً صحيحا لا يفتقر إلى نية ولا يرجع فى ذلك إلى تفسيره وبمثله تقطع اليد فى السرقة فوجب أن ينعقد به التزويج كما لو لفظ بذلك .

(فصل) ولو قال زوجتك ابنتى فقال قبلت انعقد النكاح . وقال الشافعى فى أحد قوليه : لا ينعقد حتى يقول قبلت هذا النكاح أو هذا التزويج لانه كناية فى النكاح يفتقر إلى النية والاضمار ، فلم ينعقد به كلفظ الهبة والبيع

ولنا أن القبول صريح فى الجواب فانعقد به كما ينعقد به البيع وسائر العقود وقولهم يفتقر إلى النية ممنوع فانه جواب فلا ينصرف إلا إلى المذكور

(فصل) وينعقد النكاح بلفظ الإنكاح والتزويج . والجواب عنها إجماعا وهما اللذان ورد بهما نص الكتاب فى قوله سبحانه (زوجناكها) وقوله سبحانه (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) وسواء اتفقا من الجانبين او اختلفا ، مثل ان يقول : زوجتك بنتى هذه ، فيقول : قبلت هذا النكاح او هذا التزوج ، ولا ينعقد بغير لفظ الإنكاح والتزويج ، وبهذا قال سعيد بن المسيب وعطاء والزهرى وربيعة والشافعى . وقال الثورى والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور وأبو عبيد وداود : ينعقد بلفظ الهبة والصدقة والبيع والتمليك . وفى لفظ الإجارة عن أبى حنيفة روايتان ، وقال مالك : ينعقد بذلك إذا ذكر المهر . واحتجوا بأن النبى صلى الله عليه وسلم زوج رجلا امرأة فقال « قد ملكتكها بما معك من القرآن » رواه البخارى . ولأنه لفظ ينعقد به تزويج النبى صلى الله عليه وسلم فانعقد به نكاح أمته كلفظ الانكاح والتزويج . ولانه امكن تصحيحه بمجازه فوجب تصحيحه كإيقاع الطلاق بالكنايات

ولنا قوله تعالى (وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبى إن اراد النبى ان يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين) فذكر ذلك خالصا لرسول الله صلى الله عليه وسلم . ولأنه لفظ ينعقد به غير النكاح فلم ينعقد به النكاح كلفظ الاجارة والاباحة والاحلال ، ولانه ليس بصريح فى النكاح فلا ينعقد به كالذى ذكرنا وهذا لأن الشهادة شرط فى النكاح ، والكناية إنما تعلم بالنية ولا يمكن الشهادة على النية لعدم اطلاعهم عليها فيجب ان لا ينعقد : وبهذا فارق بقية العقود والطلاق ، وأما الخبر فقد روى زوجتكها وأنكحتكها وزوجناكها من طرق صحيحة ، والقصة واحدة والظاهر ان الراوى روى بالمعنى ظنا منه ان معناها واحد فلا تكون

حجة ، وإن كان النبي صلى الله عليه وسلم جمع بين الألفاظ فلا حجة لهم فيه لأن النكاح انعقد بأحدها والباقي فضلة .

(فصل) ومن قدر على لفظ النكاح بالعربية لم يصح بغيرها ، وهذا أحد قولي الشافعي ، وعند أبي حنيفة ينعقد لأنه أتى بلفظه الخاص فانعقد به كما ينعقد بلفظ العربية .

ولنا أنه عدل عن لفظ الإنكاح والتزويج مع القدرة ، فلم يصح كلفظ الإحلال : فأما من لا يحسن العربية فيصح منه عقد النكاح بلسانه لأنه عاجز عما سواه فسقط عنه كالأخرس ويحتاج أن يأتي بمعناها الخاص بحيث يشتمل على معنى اللفظ العربي ، وليس على من لا يحسن العربية تعلم ألفاظ النكاح بها ، وقال أبو الخطاب عليه أن يتعلم لأن ما كانت العربية شرطا فيه لزمه أن يتعلمها مع القدرة كالتكبير ووجه الأول أن النكاح غير واجب فلم يجب تعلم أركانه بالعربية كالبيع بخلاف التكبير ، فإن كان أحد المتعاقدين يحسن العربية دون الآخر أتى الذي يحسن العربية بها والآخر يأتي بلسانه . فإن كان أحدهما لا يحسن لسان الآخر احتاج أن يعلم أن اللفظة التي أتى بها صاحبه لفظة الانكاح أن يخبره بذلك ثقة يعرف اللسانين جميعا .

(فصل) فأما الأخرس فان فهمت إشارته صح نكاحه بها لأنه معنى لا يستفاد إلا من جهة واحدة فصح باشارته كبيعه وطلاقه ولعانه ، وإن لم تفهم إشارته لم يصح منه كما لم يصح غيره من التصرفات القولية . ولان النكاح عقد بين شخصين ولا بد من فهم كل واحد منهما ما يصدر من صاحبه ، ولو فهم ذلك صاحبه العاقد معه لم يصح حتى يفهم الشهود أيضا لان الشهادة شرط ولا يصح على ما لا يفهم ، قال أحمد . لا يزوجه وليه يعني إذا كان بالغا لان الخرس لا يوجب الحجر فهو كالصمم .

(فصل) إذا تقدم القبول على الايجاب لم يصح رواية واحدة سواء كان بلفظ الماضي مثل أن يقول تزوجت ابنتك فيقول زوجتك أو بلفظ الطلب كقوله زوجني ابنتك فيقول زوجتكها ، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي يصح فيهما جميعا لانه قد وجد الايجاب والقبول فيصح كما لو تقدم الايجاب .

ولنا أن القبول إنما يكون للإيجاب فتى وجد قبله لم يكن قبولا لعدم معناه فلم يصح كما لو تقدم بلفظ الاستفهام . ولانه لو تأخر عن الايجاب بلفظ الطلب لم يصح فاذا تقدم كان أولى كصيغة الاستفهام . ولانه لو أتى بالصيغة المشروعة متقدمة فقال قبلت هذا النكاح فقال الولى زوجتك ابنتى لم يصح فلأن لا يصح إذا أتى بغيرها أولى . وأما البيع فلا يشترط فيه صيغة الايجاب والقبول بل يصح بالمعاطاة ، ولانه لا يتعين فيه لفظ بل يصح بأى لفظ كان مما يؤدى المعنى ولا يلزم الخلع لانه يصح تعليقه على الشروط .

(فصل) وإذا عقد النكاح هازلا أو تلجئة صح لان النبي صلى الله عليه وسلم قال « ثلاث هزلهن جد وجدهن جد : الطلاق والنكاح والرجعة » رواه الترمذى ، وعن الحسن قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من نكح لاعبا أو طلق لاعبا أو أعتق لاعبا جاز » قال عمر أربع جائزات إذا تكلم بهن : الطلاق والنكاح والعتاق والنذر ، وقال على أربع لا لعب فيهن : الطلاق والعتاق والنكاح والنذر .

(فصــــل)

إذا تراخى القبول عن الايجاب صح ما داما فى المجلس ولم يتشاغلا عنه بغيره لان حكم المجلس حكم حالة العقد بدليل القبض فيما يشترط القبض فيه وثبوت الخيار فى عقود المعاوضات ، فان تفرقا قبل القبول بطل الايجاب فانه لا يوجد معناه فان الاعراض قد وجد من جهته بالتفرق فلا يكون قبولا ، وكذلك ان تشاغلا عنه بما يقطعه لانه معرض عن العقد أيضا بالاشتغال عن قبوله ، وقد نقل أبو طالب عن أحمد فى رجل مشى إليه قوم فقالوا له زوج فلانا ، قال : قد زوجته على ألف فرجعوا إلى الزوج فأخبروه فقال قد قبلت هل يكون هذا نكاحا ؟ قال نعم ، قال القاضى : هذا محمول على أنه وكل من قبل العقد فى المجلس ، وقال أبو بكر مسألة أبى طالب تتوجه على قولين واختار أنه لا بد من القبول فى المجلس وهو الصحيح إن شاء الله تعالى .

(فصل فان أوجب النكاح ثم زال عقله بجنون أو إغماء بطل حكم الايجاب ولم ينعقد بالقبول بعده ما لم يضامه القبول لم يكن عقداً فبطل بزوال العقل كالعقود

الجائزة تبطل بالموت والجنون، وهذا مذهب الشافعي وان زال عقله بنوم لم يبطل حكم الإيجاب لانه لا يبطل العقود الجائزة فكذلك هذا .

(فصل) ولا يثبت فى النكاح خيار ، وسواء فى ذلك خيار المجلس وخيار الشرط ، ولا نعلم أحداً خالف فى هذا وذلك لأن الحاجة غير داعية اليه ، فانه لا يقع فى الغالب إلا بعد ترو وفكر ومسألة كل واحد من الزوجين عن صاحبه والمعرفة بحاله بخلاف البيع الواقع فى الأسواق من غير فكر ولا روية ، ولأن النكاح ليس بمعاوضة محضة ، ولهذا لا يعتبر فيه العلم بالمعقود عليه برؤية ولا صفة ويصح من غير تسمية العوض ومع فساده ولان ثبوت الخيار فيه يفضى إلى فسخه بعد ابتذال المرأة فان فى فسخه بعد العقد ضرراً بالمرأة ، ولذلك أوجب الطلاق قبل الدخول نصف الصداق .

(فصـــل)

ويستحب أن يخطب العاقد أو غيره قبل التواجب ثم يكون العقد بعده لقول النبي صلى الله عليه وسلم «كل أمر ذى بال لا يبدأ فيه بالحمد لله فهو أقطع» وقال «كل خطبة ليس فيها شهادة فهى كاليد الجذماء» رواهما ابن المنذر ، ويجزىء من ذلك أن يحمد الله ويتشهد ويصلى على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والمستحب أن يخطب بخطبة عبد الله بن مسعود التى قال: علمنا رسول الله صلى الله عليه وسلم التشهد فى الصلاة والتشهد فى الحاجة . قال التشهد فى الحاجة أن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ، من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادى له وأشهد أن لا إله الا الله وأن محمداً عبده ورسوله ويقرأ ثلاث آيات (اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون ، اتقوا الله الذى تساءلون به والارحام ان الله كان عليكم رقيبا ــ اتقوا الله وقولوا قولا سديداً يصلح لكم أعمالكم) الآية رواه أبو داود والترمذى : وقال حديث حسن .

قال الخلال حدثنا أبو سليمان إمام طرسوس ، قال كان الامام أحمد بن حنبل إذا حضر عقد نكاح فلم يخطب فيه بخطبة عبد الله بن مسعود قام وتركهم ، وهذا كان من أبي عبد الله من المبالغة فى استحبابها لا على الايجاب ، فان حرب بن إسماعيل قال قلت لأحمد فيجب أن تكون خطبة النكاح مثل قول ابن مسعود

فوسع في ذلك ، وقد روى عن عمر أنه إذا كان دعى ليزوج قال لا تعضفوا علينا الناس الحمد لله وصلى الله على محمد إن فلانا يخطب إليكم فان أنكحتموه فالحمد لله ، وان رددتموه فسبحان الله ، والمستحب خطبة واحدة يخطبها الولى أو الزوج أو غيرهما ، وقال الشافعي : المسنون خطبتان ، هذه التي ذكرناها في أوله وخطبة من الزوج قبل قبوله : والمنقول عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن السلف خطبة واحدة وهو أولى ما اتبع .

(فصل) والخطبة غير واجبة عند أحد من أهل العلم علمناه إلا داود ، فانه أوجبها لما ذكرناه .

ولنا أن رجلا قال للنبي صلى الله عليه وسلم يارسول الله زوجنيها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « زوجتكها بما معك من القرآن » متفق عليه ولم يذكر خطبة وخطب الى عمر مولاة له فما زاد على أن قال أنكحناك على ما أمر الله على إمساك بمعروف أو تسريح باحسان .

وقال جعفر بن محمد عن أبيه ان كان الحسين ليزوج بعض بنات الحسن وهو يتعرق العرق رواهما ابن المنذر ، وروى أبو داود باسناده عن رجل من بنى سليم قال خطبت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أمامة بنت عبد المطلب فأنكحني من غير أن يتشهد ولأنه عقد معاوضة فلم تجب فيه الخطبة كالبيع ، وما استدلوا به يدل على عدم الكمال بدون الخطبة لا على الوجوب .

تم الجزء السادس ويليه السابع إن شاء الله

(فهرس الجزء السـادس من المغنى)

٣ كتاب اللقطة ـ ترك الالتقاط ٤ تعريف اللقطة سنة
٥ التعريف : زمانه ومكانه ٦ اليسير والكثير ٨ تأخير التعريف
٩ مجيء صاحبه وعدم مجيئه ١٠ ان التقطها اثنان
١١ تملك اللقطة ١٣ لقطة الحل والحرم
١٤ من التقط عازماً على التملك ـ الوكاء والعفاص والعدد والصفة
١٦ دفعها الى صاحبها ١٧ إن وصفها إثنان
١٨ مدعى اللقطة ١٨ إن استهلكت اللقطة
٢٠ خروج العين من ملك الملتقط ـ ضياع اللقطة
٢٠ إن ردها الى موضعها ضمن ٢١ الدرة فى السمكة للصياد
٢٢ عنبرة على ساحل البحر ـ ثبوت اليد على الغزال
٢٣ من أخذت ثيابه من الحمام ووجد بدلها ٢٤ الرهون لا يعرف صاحبها
٢٥ اللقطة فى دار الحرب ـ إن مات الملتقط
٢٦ جعل شيء لمن وجدها ٣٠ الجعالة والعوض
٣١ العبد الآبق : رده بجعل ٣٣ من ردها لملة الجعل
٣٤ إن وجدها سفيه أو طفل ٣٥ إن وجدها عبد
٣٦ المكاتب واللقطة ـ الذمى ومن ليس بأمين
٣٧ إذا وجد الشاة بمصر أو بمهلكة ٣٨ تخيير ملتقطها بين ثلاثة أمور
٤٠ من أكل اللقطة ـ من التقط مالا يبقى عاما
٤١ التعرض لبعير أو لما فيه قوة ٤٢ الصيود المتوحشة والبقر
٤٣ أخذ الحيوان الذى لا يجوز أخذه ـ أخذ الضالة للحفظ
٤٥ من ترك دابة أو متاعا عاجزا عنه لإنسان لم يملكه
٤٧ كتاب اللقيط ـ موضع اللقيط ٥٠ من ينفق عليه ٥٣ ولاؤه
٥٤ إن لم يكن من وجد اللقيط أمينا ٥٥ اذا التقطه من هو مستور الحال
٥٦ سفر الامين باللقيط ـ التقاط العبد الطفل المنبوذ
٥٧ التقاط الكافر المسلم ـ ان التقطه إثنان

٥٨ ان رأياه جميعا أو اختلفا ٦٠ اذا ادعاه مسلم وكافر أرى القافة
٦٥ القافة : معناها ٦٦ ان ألحقته القافة بكافر — ان ألحقته باثنين
٦٧ ان ألحقته القافة بأكثر من اثنين ٦٨ اذا لم توجد قافة
٦٩ اذا ادعت امرأتان نسب ولد
٧٠ ان ادعى نسبه رجل وامرأة — لو ادعى اللقيط رجلان
٧٠ اذا وطىء رجلان امرأة ٧١ ادعاء رق اللقيط
٧٤ التصرف فيه ببيع أو شراء . الجناية الموجبة للقصاص
٧٥ كتاب الوصايا . لمن تستحب الوصية ومتى تجب
٧٨ استيعاب الثلث بالوصية ٧٩ الوصية للاقارب
٧٩ الوصية للوارث اذا أجازها الورثة ٨٠ ان أسقط عن وارثه دينا
٨١ ان وصى لكل وارث . اذا ملك المريض من يعتق عليه
٨٣ لمن ملك من ورثته من لا يعتق ٨٣ اذا وهب الإنسان أبوه
٨٤ اذا وصى لوارثه وأجنبي ٨٦ من وصى لغير وارث بأكثر من الثلث
٨٧ اعتبار الرد والاجازة ٨٨ من تصح الاجازة
٨٨ من أوصى له وهو فى الظاهر وارث ثم صار غير وارث
٨٩ من أوصى لامرأة اجنبية . ان أعتق أمة لا يملك غيرها
٩١ لو ان امرأة مريضة اعتقت عبدا ، لو تزوج المريض امرأة لحاباها فى الصداق
٩١ اذا اوصى بجارية لزوجها الحر
٩٣ ان مات الموصى له قبل موت الموصى . الوصية لميت
٩٤ ان رد الموصى له الوصية ٩٦ ان مات قبل ان يقبل او يرد
٩٧ لا يملك الموصى له الوصية الا بالقبول
٩٩ (فيما يختلف من الفروع باختلاف المذهبين)
١٠٠ الوصية مطلقة ومقيدة ١٠١ اذا اوصى له بسهم من ماله
١٠٢ ان اوصى بجزء او حظ او نصيب او شيء
١٠٣ اذا اوصى له بمثل نصيب احد ورثته
١٠٤ ان اوصى بنصيب وارث او ضعف ابنه

١٠٦ ان اوصى بمثل نصيب من لا نصيب له
١٠٧ اذا خلف ثلاثة بنين او بنتا واوصى بمثل الخ
١٠٨ اذا اوصى لرجل بجزء ولآخر بمثل وارث
١١٠ ان كانت الوصية الثانية بنصف ما يبقى من الثلث
١١٢ ان اوصى لثالث بربع المال. ان خلف اما واختا وعما واوصى وصايا مختلفة
١١٣ الفاظ فى الاستثناء فى الوصايا ١١٧ ان اوصى ولم يجز الورثة
١١٨ اذا جاوزت الوصايا المال ١٢٠ اذا اوصى لولد فلان فهو للجنسين
١٢١ ان اوصى لبنات فلان او لولد فلان او لبنى فلان
١٢٢ ان اوصى لاخواته او لإخوته . الفاظ الجموع
١٢٢ ان اوصى للأرامل او العزاب ١٢٥ الوصية بالحمل وللحمل
١٢٧ ان اوصى بثمرة شجرة ١٢٨ ان اراد الموصى له اجارة العبد او الدار
١٢٩ ان اعتق الورثة العبد ونفقة العبد ١٣٠ الوصية بمنفعة الأمة
١٣١ ان قتل العبد الموصى بنفعه ، واذا اوصى بحب زرعه
١٣٢ تصح الوصية بمالا يقدر على تسليمه . ان اوصى بجارية لواحد ثم لآخر
١٣٣ ان اقر الوارث ان اباه وصى بالثلث
« ان قال ما اوصيت به لفلان فهو او فنصفه لغيره
١٣٤ بم يحصل الرجوع ١٣٥ من وصى بحب ثم طحنه او بدقيق
١٣٥ اذا حدث بالموصى به ما يزيل اسمه . ان جحد الوصية
١٣٦ من كتب وصية ولم يشهد فيها
١٣٨ ما اعطى فى مرضه الذى مات فيه فمن الثلث
١٣٩ العطايا فى مرض الموت ١٤١ حالات فى اعتاق المريض
١٤٤ ان اشترى المريض اباه بألف لا مال له سواه
١٤٨ حالات مختلفة للمريض ١٤٩ ما يعتبر فى المريض الذى هذه احكامه
١٥١ الحامل ١٥٣ الاسير والمحبوس ١٥٤ خروج العطية من الثلث
١٥٦ من اعتق عبدا او اكثر وليس له سواه فمات ١٥٧ المحاباة فى المرض
١٥٨ المحاباة فى التزويج ١٥٩ مخالعة الزوجة باكثر من مهرها

١٦٠ فصل فى الهبة ـ هبة المريض ١٦١ هبة رجل رجلا جارية

١٦٣ مريض أعتق عبيداً ١٦٤ وصية من جاوز العشر سنين

١٦٥ الطفل والمحجور عليه والأخرس

١٦٧ وصية العبد والمكاتب والذمى . الوصية للحربى والكافر

١٦٨ الوصية بمعصية ١٦٩ الوصية لأهل القرية ١٧٠ من أوصى بكل ماله

١٧٠ من خلف ذا فرض ١٧١ من أوصى لعبده ١٧٤ الوصية للقاتل

١٧٥ من قال أحد عبدىّ حر ـ من له غلامان اسمهما واحد

١٧٦ من أوصى أن يشترى عبد زيد ١٧٧ من أوصى بعبد لا يملك غيره

١٨٠ من اوصى لقرابته ١٨٣ من قال لأهل بيتى ١٨٤ من أوصى لآله

١٨٥ « « لمواليه ١٨٦ من اوصى لجيرانه أو لأهل دربه

١٨٦ « « لأصناف الزكاة ١٨٧ من قال : اشتروا بثلثى رقابا

١٨٩ من اوصى ان يحج عنه ١٩٥ من اوصى بثلث ماله لرجل فقتل

١٩٦ « « لرجل ثم أوصى بعده لآخر ـ من أوصى لرجل بشىء دون شىء

١٩٧ « « لرجلين معاً فى شىء واحد

١٩٨ من تصح الوصية اليه ومن لا تصح ٢٠٠ اذا كان الوصى عاقلا

٢٠١ العدل الذى يعجز عن النظر . إذا تغيرت حال الوصى

٢٠٢ قبول الوصية وردها . الجعل للوصى

الوصية لرجل والإذن له أن يوصى لغيره

٢٠٣ إن كانا وصيين فمات أحدهما ٢٠٤ الدخول فى الوصية

٢٠٥ إن مات رجل لا وصى له ولا حاكم . إن أوصى بتفريق مال

٢٠٦ اذا علم الوصى أن على الميت دينا ٢٠٧ من أعتق عبدين لا يملك غيرهما

٢٠٨ من أوصى بعبد من عبيده لرجل ولم يسم ٢١٠ من أوصى بشاة من غنمه

٢١١ « « بجمل او ثور او كلب ٢١٣ من اوصى بطبل حرب

٢١٣ « « بقوس ٢١٤ من اوصى بعود . من اوصى بشىء فتلف

٢١٥ « « بشىء فلم يأخذه ٢١٦ العطايا فى المرض . من اوصى بمعين حاضر

٢١٧ ان كان الدين مثل العين ٢١٨ من خلف ابنين وترك عينا ودينا

٢٢٠ غلة النخيل ٢٢١ من أوصى بوصاية فيها عتاقة
٢٢٢ من أوصى بفرس وألف درهم فى سبيل الله ٢٢٣ من أوصى للعم وللخال
٢٢٤ كتاب الفرائض ٢٢٥ إرث أخ واخت لأب وأم . الكلالة
٢٢٦ الأخوات مع البنات ٢٢٧ بنات الابن ٢٢٨ البنات وبنات الابن
٢٢٩ ابن ابن الابن ٢٣٠ ابنة واحدة وبنات ابن
٢٣١ بنات ابن الابن . الأخوات من الاب
٢٣٢ مايحجبون الاخوات . ارث الأم ٢٣٥ الجد والأب مع الولد . الزوج
٢٣٦ ابن الاخ لاب والاولى فى الميراث ٢٣٧ اذا كان زوج وأبوان
٢٣٨ زوج وأم واخوة ٢٤٠ العصبة من ولد الاب
٢٤٠ زوج وأم واخوة واخوات ٢٤٣ اذا كانا ابن عم
٢٤٥ أخوان أو ثلاثة اخوة من أم ٢٤٦ باب أصول سهام الفرائض التى تعول
٢٤٦ ما فيه نصف وسدس أو نصف وثلث أو نصف وثلثان
٢٤٨ ما فيه ربع وسدس أو ربع وثلث أو ربع وثلثان
٢٤٩ ما فيه ثمن وسدس أو ثمن وسدسان أو ثمن وثلثان
٤٩ فصول فى تصحيح المسائل ٢٥٠ الكسر على فريقين
٥١ الكسر على ثلاثة ٢٥٢ الموافقة والمناسبة والمباينة ٢٥٣ المناسخات
٥٤ تقسيم المسألة على قراريط الدينار ٢٥٥ قسمة التركات
٥٦ الرد على أهل الفرائض ٢٥٨ الاخت لاب وأم والاخت لاب والاخت لام
٥٩ وجود أحد الزوجين ٢٦٠ باب الجدات . الجدة ان لم تكن أم وان كثرن
٦٢ أم الام وأم الاب ٢٦٣ قرب بعضهن ٢٦٤ جدة ذات قرابتين مع أخرى
٦٥ الجدة ترث وابنها حى ٢٦٦ الجدات المتحاذيات
٦٧ باب من يرث من الرجال والنساء ٢٦٨ باب ميراث الجد
٧١ الاخوة والاخوات مع الجد ٢٧٢ لا ينقص الجد من سدس جميع المال
٧٣ اخ لاب وأم وأخ لاب وجد ٢٧٤ حالات مختلفه مع الجد
٧٦ مسألة الاكدرية ٢٨٧ أم واخت وجد ٢٧٩ بنت واخت وجد
٢٨١ باب ذوى الارحام ٢٨٣ كيف يورث ذووا الارحام

٢٨٥ انفراد أحد منهم ٢٨٧ إذا كان وارث غير الزوج والزوجة
٨٩ توريث الذكور والاناث بالسوية
٩٣ ابن أخ وبنت أخت أخرى ٢٩٤ ثلاث بنات أخوات مفترقات
٩٥ ثلاث بنات ثلاثة إخوة متفرقين ٢٩٧ ثلاث بنات عمومة مفترقين
٩٨ ثلاث عمات وثلاث خالات مفترقات ٢٩٩ خالة وابنة عمة
٣٠٠ عمة وابنة أخ ٣٠١ عمات الأبوين وأخوالهما وخالاتهما
٠٢ اذا كان لذى الرحم قرابتان ٠٣ الخنثى المشكل ٠٨ ابن الملاعنة
٠١٣ ابن ابن الملاعنة ٠١٤ ميراث ولد الزنا
٠١٥ العبد لا يورث ولا يرث
٠١٦ إرث الأسير والمدبر وأم الولد والمكاتب
٠١٧ من بعضه حر
٠٢٥ إذا مات وخلف ابنين فأقر أحدهما بأخ
٠٢٦ إقرار الورثة أو الميت بوارث
٠٢٨ معرفة الفضل
٣٣٠ أحوال مختلفة فى الاقرار
٠٣٧ القاتل لا يرث المقتول . القتل المانع من الإرث
٠٣٩ أربعة إخوة قتل أكبرهم الثانى ثم قتل الثالث الأصغر
٠٤٠ الميراث بين المسلم والكافر . توارث الكفار
٠٤٢ توارث الملة الواحدة . إرث المرتد
٠٤٤ من أسلم على ميراث قبل أن يقسم
٠٤٥ من كان رقيقا حين قتل موروثه
٠٤٦ قتل المرتد على ردته . الزنديق . ارتداد الزوجين
٠٤٨ اذا لحق المرتد بدار الحرب . موت الذمى . ميراث المجوس
٠٤٩ القرابة يرثون بجميعها إذا أمكن
٠٥٩ مجوسى تزوج ابنته ٣٥٣ وطء مسلم بعض محارمه

٣٥٣ غرق المتوارثين أو موتهما تحت هدم ٣٥٧ من لم يرث لم يحجب
٣٥٨ ميراث الحمل ٣٦٠ شروط ميراث الحمل ٣٦٢ ان ولدت توأمين
٣٦٤ إذا ضرب بطن حامل فأسقطت . إرث دية المقتول ٣٦٥ ميراث المفقود
٣٦٩ ميراث الأسير . التزويج فى المرض والصحة ٣٧٠ التوارث فى النكاح الفاسد
٣٧٢ فصل فى الطلاق ٣٧٤ الطلاق فى المرض ٣٧٦ طلاق الأمة والذمية
٣٧٧ تعليق الطلاق . إذا استكره الابن امرأة أبيه
٣٧٨ ان فعلت المريضة ما يفسخ نكاحها ٣٧٩ إذا طلق المريض ثم نكح أخرى
٣٨٢ إذا قال لنسائه إحداكن طالق ٣٨٥ باب الاشتراك فى الطهر
٣٨٦ إذا ألحق باثنين فمات وترك أمه حرة
٣٩٠ كتاب الولاء . الولاء لمن أعتق ٣٩٢ إن أعتق حربى حربيا
٣٩٣ لا يصح بيع الولاء ولا هبته ٣٩٤ انتقال الولاء والارث بالموت
٣٩٤ من أعتق سائبة ٣٩٥ من أعتق عبداً عن كفارته ٣٩٦ من ملك ذا رحم محرم
٣٩٧ من ملك ولده من الزنا ٣٩٧ ولاء المكاتب والمدبر ٣٩٨ ولاء أم الولد
٣٩٨ من أعتق عبده عن رجل حى او عن ميت
٣٩٩ من قال اعتق عبدك عنى وعلىّ ثمنه . لو قال اعتقه والثمن على
من اوصى ان يعتق عبده بعد موته ٤٠٠ من اعتق عبدا له اولاد
٤٠١ حكم المكاتب يتزوج فى كتابته فيولد له . اذا انجر الولاء الى موالى الاب
٤٠١ شروط انجرار الولاء ٤٠٢ إن لم يعتق الأب
٤٠٣ إن كان احد الزوجين الحرين حر الأصل
٤٠٤ تزوج معتق بمعتقة . تزوج عبد معتقة ٤٠٦ دور الولاء
٤٠٧ باب ميراث الولاء . إرث النساء من الولاء
٤١٠ من لا يرث من اقارب المعتق ٤١١ الولاء لاقرب عصبة المعتق
٤١٣ اذا مات المعتق وخلف ٤١٥ إذا هلك رجل عن ابنين ومولى
٤١٨ ولاء العبد المعتق وعقله ٤١٩ إرث المولى
٤٢٠ ان عاقد رجل رجلا . ولاء اللقيط
٤٢١ كتاب الوديعة . الضمان على المودع ٤٢٢ إن خلطها بماله

٤٢٢ ان أراد السفر بها ٤٢٥ ان حضره الموت. ان كانت غلة خلطها
٤٢٦ حفظها فى منزل ٤٢٧ عدم تعيين موضع إحرازها
٤٢٨ إخراج الوديعة المنهي عن اخراجها
٤٣٠ اذا أودعه شيئا وطلب دفعه اليه فلم يفعل فتلفت ٤٣١ اذا مات وعنده وديعة
٤٣٢ إذا طالبه بالوديعة وأنكر ٤٣٤ اذا أودع بهيمة ٤٣٦ ادعاء الوديعة لاثنين
٤٣٧ من اخذ البعض من الوديعة ٤٣٨ اذا ضمن الوديعة بالاستعمال
استعمال الوديعة ـ من يصح الاستيداع
٤٣٩ قسمة الفيء والغنيمة والصدقة ٤٤٠ الفيء وتفسيره
٤٤١ خمس الفيء والغنيمة : تقسيمه ٤٤٥ الصفي للنبي ومعناه
٤٤٦ خمس مقسوم فى صلبية بنى هاشم
٤٤٩ الخمس الثالث لليتامى والرابع للمساكين والخامس لابن السبيل
٤٥٠ أربعة أخماس الفيء ٤٥١ قسم الفيء بين أهله ٤٥٤ أربعة أخماس الغنيمة لمن ؟
٤٥٥ الصدقة لمن ؟ الفقراء من هم ؟ ٤٥٩ العاملون على الزكاة ٤٦١ المؤلفة قلوبهم
٤٦٤ فى الرقاب : الرقيق أم المكاتب ؟ ٤٦٦ ما رجع من الولاء ٤٦٧ الغارمين
٤٦٩ سهم فى سبيل الله وما هو ؟ ٤٧٠ الإعطاء فى الحج ٤٧١ ابن السبيل ومن هو ؟
٤٧٣ من يأخذ مع الغنى خمسة ـ ليس عليه ان يعطى لكل هؤلاء
٤٧٦ الصدقة لبنى هاشم محرمة . اذا تولى الرجل اخراج زكاته . جوائز السلطان
٤٧٨ كتاب النكاح ٤٧٩ أقسام الناس فى النكاح ٤٨١ الولى والشاهدان
٤٨٢ حكم الحاكم بصحة العقد ٤٨٤ شهادة فاسقين ـ شهادة رجل وامرأتين
٤٨٥ شهادة الصبيان والعبيد ـ التزويج الفاسد ٤٨٦ وجوب المهر
٤٨٧ الحد فى وطء النكاح الفاسد ٤٨٨ الانكحة الباطلة
٤٨٨ أحق الناس بنكاح المرأة ٤٩٣ الوكيل فى النكاح
٤٩٥ الوصية بالنكاح ـ اذا كان الاقرب طفلا او كافرا او عبدا
٤٩٢ شروط الولاية فى النكاح ، لا يشترط ان يكون بصيرا
٤٩٧ من لم يثبت له الولاية لم يصح توكيله ٤٩٨ تزويج أمة المرأة

٤٩٩ تزويج مولاتها ٥٠٠ من أراد ان يتزوج امرأة هو وليها
٥٠٢ إذا زوّج أمته عبده الصغير ٥٠٣ تزويج كافر مسلمة او مسلم كافرة
إذا زوجها من غيره اولى منه ٥٠٧ إذا كان وليها غائبا
٥٠٩ اذا زوجت من غير كفء ٥١١ الكفء من الدين والمنصب
٥١٣ الحرية واليسار ٥١٤ الصناعة . كفء من اسلم او عتق
٥١٥ كفء الموالى واهل البدع ٥١٦ اذا زوج الرجل ابنته البكر في كفاية
٥١٨ ليس هذا لغير الأب ٥١٩ لو استأذن البكر البالغة والدعلة
٥٢٠ إذا زوج ابنته الثيب ٥٢٤ المجنونة
٥٢٥ تزويج ابنته بدون صداق المثل ٥٢٦ من زوج غلاما غير بالغ او معتوها
٥٢٩ ، الابن والمحجور عليه ٥٣١ تزويج الأمة بغير اذنها
٥٣٣ من زوج عبده وهو كاره ٥٣٤ المهر والنفقة للعبد
٥٣٥ شراء الزوج او الزوجة بعد الزواج
٥٣٦ اذا زوج الوليان ٥٤١ اذا تزوج العبد بغير اذن سيده
٥٤١ ان دخل بها ٥٤٣ اذا أذن السيد لعبده
اذا تزوج الأمة على أنها حرة ٥٤٨ المدبرة وأم الولد والمعتقة
٥٤٩ المغرور بها ٥٥٠ المغرور به
٥٥١ مخالفة المشروط به ٥٥٢ من جعل عتق أمته صداقها
٥٥٣ حالات فيمن يعتق ويتزوج ٥٥٦ انعقاد النكاح والألفاظ
٥٥٨ القبول والايجاب ٥٦٠ الخيار في النكاح - الخطبة

(مطبوعات تطلب من مطبعة الامام

١٢ شارع قرقول المنشية بالقلعه — مصر)

قرش

٨٠ القصيدة النونية لابن القيم وشرحها للهراس في جزأين

٦٠ الصواعق المرسله على الجهمية والمعطلة لابن القيم

٢٥ الصارم المنكى في الرد على السبكى لابن عبد الهادى - في الكلام على شد الرحال الى زيارة القبور وقبر الرسول والشفاعة — والكلام الدقيق في أسانيد الاحاديث الواردة في كل ذلك

١٠ صحة اصول مذهب أهل المدينة والمقارنة بين علماء المدينة وغيرها — لابن تيمية

١٥ الصلاة وما يلزم فيها للامام أحمد — والصلاة وحكم تاركها لابن القيم في غلاف واحد

١٥ اجتماع الجيوش الاسلامية على غزو المعطلة والجهمية لابن القيم

١٥ مشكلات القرآن ومشكلات الاحاديث والجمع بين النصوص المتعارضة لجماعة من العلماء

١٥ يقظة اولى الاعتبار في ذكر النار وأصحاب النار لصديق حسن خان

١٢ الايمان وآثاره والشرك ومظاهره

١٢ دفاع عن الحديث وتفنيد شبهات خصومه لجماعة من العلماء